

Der Kraftfahrzeugabstellvertrag

Bernhard Brychcy

1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548326_0027

Der Kraftfahrzeugabstellvertrag

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von Bernhard Brychcy
aus Nürnberg

München 1973



Referent: Professor Dr. Rother

Korreferent: Professor Dr. Canaris

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1973

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	X
Einleitung	1
 Erster Teil	
Der Abschluß des Kraftfahrzeugabstellvertrages	3
 1. Abschnitt	
Die dogmatischen Grundlagen des Vertragsabschlusses	3
 I. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	4
1. Die Vertreter der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	4
2. Die Rechtsprechung	10
3. Die Kritik an der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	11
 II. Anwendung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen auf das Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages?	15
1. Der normale Vorgang der Benutzung eines Parkplatzes oder Parkgebäudes gegen Entgelt	17
2. Die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes unter Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit	26
3. Die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes bei Abwesenheit des Personals	34
4. Die "heimliche" Inanspruchnahme eines Abstellplatzes	41
5. Die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes durch einen minderjährigen Benutzer	41
6. Ergebnis	45
 2. Abschnitt	
Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Kraftfahrzeugabstellvertrag	46
 I. Die Einbeziehung durch Aushang	48
II. Die Einbeziehung durch Aufdruck auf den Parkschein	50
 III. Einbeziehung durch Branchenüblichkeit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen?	52

	Seite
3. Abschnitt	
Vertragsschluß durch Vertreter	56
I. Die Vertretung des Unternehmers	56
II. Die Vertretung des Benutzers	59
Zweiter Teil	
Der Inhalt des Kraftfahrzeugabstellvertrages	62
1. Abschnitt	
Die Rechtsnatur des Kraftfahrzeugabstellvertrages	63
I. Der Parkplatz-Abstellvertrag	64
1. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Mietvertrag	69
2. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Verwahrungsvertrag	80
3. Der Parkplatz-Abstellvertrag als gemischter Vertrag	87
4. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Dienstvertrag	89
II. Der Sammelgaragen-Abstellvertrag	89
III. Der Parkhaus-Abstellvertrag	92
IV. Zu den Rechtsbeziehungen der Benutzer untereinander	101
2. Abschnitt	
Das dispositive Recht des Kraftfahrzeugabstellvertrages	103
I. Die Abwicklungspflichten	103
1. Die Pflicht des Unternehmers zur Herausgabe oder Duldung der Abholung	103
a. Anspruchsgrundlage	103
b. Das Vermieterpfandrecht	104
aa. Das Entstehen des Vermieterpfandrechts	104
bb. Ansprüche des Unternehmers bei Ausübung des Vermieterpfandrechts	109
c. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB	111
aa. Das Entstehen des Zurückbehaltungsrechts	111
bb. Ansprüche des Unternehmers bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts	114

	Seite
2. Die Abholungspflicht des Benutzers	115
a. Anspruchsgrundlage	115
b. Rechtsfolgen der Verletzung der Abholungspflicht	116
aa. Recht des Unternehmers zur Beseitigung des nicht abgeholten Fahrzeuges?	116
bb. Ansprüche des Unternehmers bei Nichtabholung des abgestellten Fahrzeuges	119
II. Schadensersatzansprüche des Benutzers gegen den Unternehmer wegen Verlustes und Beschädigung des abgestellten Fahrzeuges	125
3. Abschnitt Zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kraftfahrzeugabstellvertrages	133
I. Bestimmungen über den Parkschein	134
II. Bestimmungen über den Vertragscharakter und die Übernahme von Obhutspflichten	136
III. Bestimmungen über Ausschluß und Begrenzung der Haftung	141
IV. Bestimmungen über die Gewährung von Versicherungsschutz	153
Dritter Teil Rechtsprobleme beim Vertrag über das Abstellen des Kraftfahrzeuges eines Dritten	158
1. Abschnitt Die Zulässigkeit der Drittschadenliquidation	158
2. Abschnitt Ansprüche des Unternehmers gegen den Eigentümer des Fahrzeuges auf Zahlung der Abstellgebühren?	160
Schluß Zusammenfassung der Ergebnisse	167

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Von einer Aufnahme der in periodischen Publikationen und Festschriften veröffentlichten Aufsätze wurde abgesehen.

I. Lehrbücher und Kommentare

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts, 7.Aufl., München 1973 |
| Cosack, Konrad | Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5.Aufl., Jena 1910, 1.Band |
| Emmerich, Volker u.a. | Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt 1972 |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., Tübingen 1958 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., 1.Hbbd. Tübingen 1959, 2.Hbbd. Tübingen 1960 |
| Erman, Walter
(und Bearbeiter) | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl., Münster 1972 |
| Esser, Josef | Schuldrecht, 2.Aufl., 1960;
Schuldrecht, Bd.I: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970;
Schuldrecht, Bd.II: Besonderer Teil, 4.Aufl., 1971 |
| Fikentscher, Wolfgang | Schuldrecht, 3.Aufl., Berlin 1971 |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2: Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965 |
| Geigel, Robert | Der Haftpflichtprozeß, 15.Aufl., München 1972 |
| Heck, Philipp | Grundriß des Schuldrechts, 1921, Tübingen 1958 |
| Hoffmann-Janssen-Krautschneider | Bewachungsgewerberecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1968 |
| Larenz, Karl | Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Aufl., München 1972;
Schuldrecht, 1.Bd.: Allgemeiner Teil, 10.Aufl., München 1970, zitiert: Schuldrecht I
Schuldrecht, 2.Bd.: Besonderer Teil, 9.Aufl., 1968; 10.Aufl., München 1972, zitiert: Schuldrecht II |

Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.Aufl., Berlin 1966
Leonhard, Franz	Besonderes Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1931
Maunz-Dürig-Herzog	Kommentar zum Grundgesetz, München u. Berlin 1959
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899,; Bd.III, Sachenrecht, Berlin 1899
Oertmann, Paul	Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 5.Aufl., Berlin 1928
Palandt, Otto (und Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, 32.Aufl., München 1973
Pawlowski, Hans-Martin	Allgemeiner Teil des BGB, Bd.1 u.2, Tübingen 1972
Planck, G. (und Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Bd., 1.Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1914; 2.Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 4.Aufl., 1928; Sachenrecht, 5.Aufl., Berlin-Leipzig 1933
Plückebaum-Malitzky	Umsatzsteuergesetz, Köln u.a. 1965
RGR-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., Berlin 1959-1964
Roquette, Hermann	Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966
Soergel-Siebert (und Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10.Aufl., Bd.1, 1967; Bd.2, 1967; Bd.3, 1969, Bd. 4, Stuttgart-Berlin 1968
Staudinger (und Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl., Berlin 1955-1960
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 6.Aufl., München 1972

Westermann, Harry	Sachenrecht, 5.Aufl., Karlsruhe 1966
Wolf, Ernst	Lehrbuch des Sachenrechts, Köln 1971
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Aufl., 1957
Wussow, Werner	Unfallhaftpflichtrecht, 11.Aufl., Köln-München 1972

II. Monographien und Dissertationen

Baer-Kaupert, Friedrich Wilhelm	Schuldrechtliche Verpflichtung aus sozialtypischem Verhalten, Stuttgart 1970
Bärmann, Johannes	Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Karlsruhe 1948
Batsch, Karl-Ludwig	Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen, Diss.Jur. Marburg 1968
Bydlinski, Franz	Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien-New-York 1967
v.Caemmerer, Ernst	Gesammelte Schriften, Bd.I, Tübingen 1968
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
Ders.,	Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
Cohn, Ernst	Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht, Marburg 1931
v.Craushaar, Götz	Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969
Eichler, Hermann	Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
Ellinghaus, Rudolf	Die Willenstheorie im Bereich der modernen massenförmigen Rechtsgeschäfte, Diss.Jur. Köln 1966
Esser, Josef	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2.Aufl., Tübingen 1964

- | | |
|---------------------------|--|
| Fontaine, Werner | Der Dienstvertrag und der entgeltliche Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Jur. Rostock 1904 |
| Götz, Donald | Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Bad Homburg u.a. 1968 |
| Gotthardt, Peter Jürgen | Der Vertrauensschutz bei der Anscheinsvollmacht im deutschen und im französischen Recht, Karlsruhe 1970 |
| Hagen, Horst | Die Drittschadenliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt/Main 1971 |
| Haines, Hartmut | Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln u.a. 1970 |
| Haupt, Günter | Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941 |
| Hitzemann, Horst-Heinrich | Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten, Berlin 1966 |
| Hueck, Alfred | Recht der Wertpapiere, Berlin u.a. 10. Aufl., 1967 |
| Kaysers, Hans Henning | Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, Bielefeld 1968 |
| Kellmann, Christof | Grundsätze der Gewinnhaftung, Berlin 1969 |
| Kind, Carl | Der Selbsthilfeverkauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Jur. Rostock 1935 |
| Köbl, Ursula | Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971 |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg 1969 |
| Ders., | Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts |
| Mayer, Ernst | Der Verwahrungsvertrag, Diss. Jur., Erlangen 1933 |
| Medicus, Dieter | Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung, 5. Aufl., Köln 1971 |

- | | |
|---|---|
| Merkel, Günter | Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit Diss.Jur., Erlangen-Nürnberg 1962 |
| Ostendorf, Heribert | Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Gebrauch und Verbrauch von Gegenständen und Leistungen, Diss. Jur., Kiel 1972 |
| Prölss, Jürgen | Beweiserleichterungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1966 |
| Raiser, Gottfried | Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1966 |
| Raiser, Ludwig | Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, zitiert: AGB |
| Rehbinder, Manfred | Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972 |
| Reinhardt, Rudolf | Ersatz des Drittschadens, Mannheim u.a. 1933 |
| Rother, Werner | Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965 |
| Ruhland, Helmut | Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Jur., Marburg 1968 |
| Sayn-Wittgenstein-Berleburg, Stanislaus, Prinz zu | Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht, Marburg 1969 |
| Schmidt-Salzer, Joachim | Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Berlin 1967 |
| Ders., | Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW-Schriften 11, München 1971 |
| Siebert, Wolfgang | Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958 |
| Simitis, Spiros | Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt/Main 1957 |
| Sonnenberger, Hans Jürgen | Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970 |
| Tägert, Hans | Geltendmachung des Drittschadens, Heide i. Holstein 1938 |

- Thielo, Hermann Parken von Kraftfahrzeugen - ein
modernes Rechtsproblem, Diss.Jur.,
Leipzig 1936
- Vogel, Fritz Der regelmäßige Verwahrungsvertrag
des Bürgerlichen Rechts, Diss.Jur.,
Erlangen 1908
- Waldeyer, Wolfgang Vertrauenshaftung bei Anscheinsvoll-
macht bei anfechtbarer und nichtiger
Bevollmächtigung, Diss.Jur., Münster
1969
- Weber, Wilhelm Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Berlin 1967
- Wilburg, Walter Die Lehre von der ungerechtfertigten
Bereicherung nach österreichischem und
deutschem Recht, Graz 1934

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraft- verkehrsversicherung
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung (d.Verf.: des Verfassers)
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
Bekl.	Beklagter
BewV	Bewachungsverordnung vom 22.11.1963 (BGBl. I 846), geändert durch Verordnung vom 13.4.1967 (BGBl. I 481)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGBGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB (siehe Literaturverzeichnis)
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmayer und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungs- nummer)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
Einf.	Einführung
e.V.	eingetragener Verein

f., ff.	folgende
GG	Grundgesetz
Hans.GZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (Jahr und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts (Jahr und Seite)
m.V.	mit Verweisungen
Nds Rechtspflege	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RAnz.	Deutscher Reichsanzeiger
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 11.12.52 (BGBl. I 837)
StVO	Straßenverkehrsordnung vom 16.11.70 (BGBl. I 1565, berichtigt 1971 S.38)
Tz	Textziffer
UStG	Umsatzsteuergesetz vom 29.5.67 (BGBl. I S.991)
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen (Jahr und Seite)
VersR	Versicherungsrecht (Jahr und Seite)

VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Band und Nummer)
VN	Der Versicherungsnehmer (Jahr und Seite)
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung (Band und Seite)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908 (RGBl. S.263)
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)
WM	Wertpapiermitteilungen, Frankfurt a.M., Teil IV B Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung (Jahr und Seite)
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, jetzt für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band und Seite)
Ziff.	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungs- wissenschaft (Jahr und Seite)

E i n l e i t u n g

Die enorme Zunahme der Zahl der Kraftfahrzeuge¹⁾ hat in den Städten zur Parkraumnot geführt. Zu deren Folgen gehört es, daß der Kraftfahrer, der sein Fahrzeug parken will, sich häufig darauf verwiesen sieht, es gegen Entgelt auf eigens dafür bereitgestellten und eingerichteten Grundstücken oder in eben solchen Gebäuden oder Gebäudeteilen abzustellen, die als Parkplätze, Parkhäuser, Parkgaragen, Parkhochhäuser, Hochgaragen, Sammelgaragen, Großgaragen, Parkkeller, Tiefgaragen etc. jedermann vertraut sind.

Stellt ein Kraftfahrer sein Fahrzeug dort ab, so kommt es in der Regel zum Abschluß eines Vertrages mit dem Unternehmer, der den Parkplatz oder das Parkgebäude unterhält. Obwohl dieser Vertrag, der im folgenden als "Kraftfahrzeugabstellvertrag" bezeichnet werden soll, zu den alltäglichen Rechtsgeschäften zählt und sein Abschluß für den Kraftfahrer eine wohlvertraute Selbstverständlichkeit ist, hat er in der Literatur nur wenig Beachtung gefunden. Die vorliegende Arbeit hat sich daher zur Aufgabe gestellt, die mit dem Kraftfahrzeugabstellvertrag zusammenhängenden Rechtsfragen zu untersuchen²⁾. Freilich mußte sich die Behandlung auf gewisse Schwerpunkte von theoretischem oder praktischem Gewicht konzentrieren. Hierzu zählen hauptsächlich die Frage, ob der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bzw. von den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten eine Bedeutung für das Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages zukommt, weiter die Frage nach seiner Rechtsnatur und dem anwendbaren dispositiven Recht sowie nach der Wirksamkeit der verwendeten Geschäftsbedingungen.

1) Am 1.1.1973 waren es in der Bundesrepublik 20,8 Millionen (Süddeutsche Zeitung vom 30.1.73)

2) Verträge, bei denen die Gewährung eines Abstellplatzes nur eine Begleiterscheinung oder Nebenleistung ist, wie Wohnungsmietverträge, Arbeitsverträge, Beherbergungsverträge, Kaufverträge etc. werden nicht behandelt.

Die rechtstatsächlichen Angaben stützen sich auf eigene Beobachtungen und auf Gespräche mit Unternehmern. Die ausgewerteten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurden teils von mir selbst gesammelt, teils mir vom Verband der Park- und Garagenhäuser e.V. in Frankfurt/Main zur Verfügung gestellt.

Zum Terminologischen ist zu bemerken, daß einige vielleicht allgemein wenig gebräuchliche Ausdrücke verwendet werden, um an Genauigkeit oder Kürze des Ausdrucks zu gewinnen. Der Ausdruck "Kraftfahrzeugabstellvertrag" wurde bereits erwähnt. Gleichbedeutend werden die Bezeichnungen "Abstellvertrag" oder "Parkvertrag" gebraucht. Die Vertragsparteien werden als "Unternehmer" oder "Parkunternehmer" und "Benutzer" oder "Absteller" bezeichnet. Der Platz, auf dem das einzelne Fahrzeug abgestellt wird oder ist, wird "Abstellplatz" genannt, um ihn vom "Parkplatz" im Sinne einer Abstellfläche für eine größere Anzahl von Fahrzeugen zu unterscheiden. Gebäude oder Gebäudeteile, die zum Abstellen von Kraftfahrzeugen gegen Entgelt bestimmt sind, werden als "Parkgebäude" bezeichnet. "Parkbetrieb" oder "Parkunternehmen" schließlich ist der Oberbegriff, der Parkplätze und Parkgebäude umfaßt.

E R S T E R T E I L

DER ABSCHLUSS DES KRAFTFAHRZEUGABSTELLVERTRAGES

Erster Abschnitt

Die dogmatischen Grundlagen des Vertragsabschlusses

Kraftfahrzeugabstellverträge sind typisierte Massenverträge. Der Benutzer eines Parkplatzes oder eines Parkgebäudes hat weder auf die Höhe des Entgeltes noch auf die Abstellbedingungen Einfluß, die vom Unternehmer einseitig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen festgelegt werden. Entschlußfreiheit hat er einzig darüber, ob er den Vertrag schließen will. Doch auch in dieser Entschlußfreiheit ist er durch faktische Zwänge - ein Parkplatz muß häufig gefunden werden - beschränkt.

Beim Kraftfahrzeugabstellvertrag liegt es mithin nicht anders als bei den vielen anderen Massenverträgen, die heute den Alltag beherrschen: Die Unternehmer, gestützt durch ihre Verbände, setzen einseitig Art, Preis und Bedingungen ihrer Leistungen fest. Den Verbrauchern, auf die Leistungen angewiesen, unzureichend organisiert und untereinander isoliert, bleibt nichts übrig, als bedingungslos zu akzeptieren.

Das BGB sieht für das Zustandekommen solcher Massenverträge keine besonderen Regelungen vor. Es fordert einheitlich zum Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zwei korrespondierende Willenserklärungen. Nach der herkömmlichen Dogmatik bestanden keine Bedenken dagegen, auch typisierte Massenverträge unter die §§ 145 ff. BGB zu subsumieren. In der Tatsache, daß bei den modernen Massenverträgen des Alltags häufig keine ausdrücklichen Erklärungen abgegeben werden - man steigt in eine Straßenbahn, wirft eine Münze in einen Zigarettenautomaten und entnimmt die Zigaretten, fährt in ein Parkhaus und nimmt einen

Parkschein entgegen -, sah die herkömmliche Dogmatik keine Schwierigkeit. Man löste diese Fälle durch Annahme eines Vertragsschlusses durch korrespondierende konkludente Willenserklärungen.

I. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Die herkömmliche Dogmatik regiert nicht mehr unangefochten. Nach der von Haupt ausgehenden, vielfach übernommenen und abgewandelten "Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen" sollen Vertragsverhältnisse auch durch tatsächliches Verhalten ohne Abgabe einer Willenserklärung zustande kommen können. Die Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses wird als Fiktion abgelehnt.

In dem berühmt gewordenen, vielfach kritisierten "Parkplatzurteil"¹⁾ hat sich der BGH dieser Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen in einem Fall angeschlossen, der das Abstellen eines Kraftfahrzeuges auf einem bewachten Parkplatz betraf.

Es ist daher erforderlich, sich mit der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen auseinanderzusetzen und zu überprüfen, inwieweit sie auf das Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages angewendet werden kann.

1. Die Vertreter der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen geht auf Haupt zurück. Er war es, der in seiner Schrift "Über faktische Vertragsverhältnisse"²⁾ erstmals die Anerkennung einer neuen Kategorie von Vertragsverhältnissen forderte, deren

1) BGHZ 21,319 ff.

2) Günter Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse", 1941.

Eigenart es sei, daß sie nicht durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß, sondern durch korrespondierendes tatsächliches Verhalten entstünden. Haupt führte drei Beispielsgruppen faktischen Vertragsverhältnisses auf; von diesen ist hier nur die dritte, die faktischen "Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung"³⁾ von Bedeutung. Haupt verstand darunter Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmen der Daseinsvorsorge, die einem Kontrahierungszwang unterliegen und den einzelnen Leistungsbeziehern⁴⁾. Am Beispiel der Straßenbahnfahrt suchte er nachzuweisen, daß die Konstruktion einer Willenseinigung verfehlt sei, die auf der Annahme beruhe, daß der Straßenbahnunternehmer allgemein dem Publikum ein Angebot mache, das durch Einsteigen angenommen werde; umsomehr, als der Unternehmer ja zur Beförderung verpflichtet, der Benutzer auf die Bahn angewiesen sei, es also an der Entschließungsfreiheit fehle⁵⁾.

Die Willenseinigung verliere ihre Bedeutung bei Verträgen, bei denen der Einzelne darauf angewiesen sei, Leistungen zu erbringen oder zu empfangen, ohne den Vertragspartner aussuchen oder mit ihm den Vertragsinhalt individuell bestimmen zu können⁶⁾. Die Vorstellung, das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses erfordere stets rechtsgeschäftliche Einigung, sei zu eng geworden. Die gesetzliche Ausgestaltung der Willenserklärung beruhe auf der Vorstellung, daß die Parteien sich in völliger Freiheit zum Eingehen vertraglicher Bindungen entschlössen und ihre Verpflichtungen aushandelten. Im modernen Rechtsverkehr, vor allem dort, wo die Notwendigkeit der massenhaften Bewältigung gleichartiger Leistungen zu einer typischen Mechanisierung der Geschäftsabwicklung geführt habe, passe dieses Vorstellungsbild häufig nicht mehr.

3) Haupt, S.21.

4) Haupt, S.22.

5) Haupt, S.6.

6) Haupt, S.6.

Die Rechtspraxis habe hier gewaltsam Tatbestände zurechtgestutzt oder Willenserklärungen fingiert, um das allein gemäßige Vertragsrecht anwenden zu können⁷⁾. Stabilisierung sei nur durch die Anerkennung faktischer Vertragsverhältnisse zu erreichen⁸⁾.

Die Lehre Haupts hat im Schrifttum teilweise Beifall gefunden⁹⁾. Fortgeführt und weiterentwickelt wurde sie vor allem von Larenz. Er vertrat zunächst¹⁰⁾ die Ansicht, im modernen Massenverkehr kämen Schuldverhältnisse auch ohne Abgabe von Willenserklärungen zustande. Das tatsächliche öffentliche Angebot und die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung hätten in ihrer "sozialtypischen Bedeutung" die gleichen Rechtsfolgen wie rechtsgeschäftliches Handeln. Auf das Bestehen eines Rechtsfolgewillens bei Inanspruchnahme der Leistung komme es nicht an, wenn er auch in der Regel vorliege. Den Rechtsgrund für das Entstehen eines Schuldverhältnisses sah Larenz in einer "allgemeinen Rechtsüberzeugung", daß "derjenige, der sich in der angegebenen Weise 'sozialtypisch' verhält, nämlich eine öffentlich angebotene Versorgungsleistung wissentlich und willentlich in Anspruch nimmt oder gebraucht, schon dadurch allein eine rechtliche Bindung eingeht, ohne Rücksicht darauf, ob er den Willen, sich in dieser Weise zu binden, gehabt oder geäußert hat oder nicht". Anders als Haupt sah Larenz es nicht als wesentlich an, ob das Unternehmen einem Kontrahierungszwang unterliege.

Neuerdings hat Larenz seine Auffassung etwas modifiziert¹¹⁾: Wenn jemand eine Straßenbahn oder einen Parkplatz benutze oder Strom beziehe, habe er in der Regel einen latenten Annahmewillen, dessen Ausdruck daher die Gebrauchshandlung sei.

7) Haupt, S.28.

8) Haupt, S.29.

9) vgl. Tasche, IherJb. 90,128 f.; Bärmann, S.87; Raiser, S.126. Festschrift Deutscher Juristentag 1960, Bd.I, S.126.

10) Larenz, Schuldrecht I, 9.Aufl., S.33 ff.

11) Larenz, Allg. Teil, S.448 ff.

Der Handelnde müsse die verkehrstypische Bedeutung der in der Inanspruchnahme liegenden Willensbetätigung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er diese Bedeutung im einzelnen Fall nicht gekannt habe oder nicht habe gelten lassen wollen, also keinen Annahmewillen gehabt habe. Der Grund dafür soll nach Larenz nicht im Vertrauen auf einen äußeren Erklärungstatbestand liegen, der hier nicht vorliege, sondern darin, daß ungestörte Abwicklung der typisierten Vorgänge des Massenverkehrs dies erforderten.

Larenz geht also nicht mehr auf das "tatsächliche öffentliche Angebot" ein, sondern behandelt nur sozialtypisches Verhalten als Annahme¹²⁾. Er stellt ferner fest, die Annahme durch sozialtypisches Verhalten falle nicht völlig aus dem Rahmen der allgemeinen Lehre vom Vertragsschluß heraus¹³⁾, während er früher von einer Unterscheidung der Kategorien "Rechtsgeschäft" und "sozialtypisches Verhalten" ausging¹⁴⁾.

Auch Betti¹⁵⁾ ist der Ansicht, im heutigen Massenverkehr träten an die Stelle vertraglicher Erklärungen das tatsächliche Angebot der Leistung durch öffentliche Kundgabe und die tatsächliche Inanspruchnahme der angebotenen Leistung durch einen Verkehrsteilnehmer. Beide seien keine Willenserklärungen, da es am Erklärungsbewußtsein fehle, sondern ein konkludentes Verhalten, das nach seiner sozialtypischen Bedeutung als eine Betätigung der Privatautonomie hervortrete, mithin als ein rechtsgeschäftliches Handeln, das die gleichen Rechtsfolgen eines Vertrages haben solle. Es sei eine Fiktion, in der Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels die "Annahme eines Angebotes" zu erblicken. Mache der Verkehrsteilnehmer von der Beförderungsmöglichkeit Gebrauch, so liege es in der rechtlichen Konsequenz seines konkludenten Verhaltens, daß er zur Zahlung des Fahrpreises verpflichtet sei, weil diese rechtliche Konsequenz nach allgemeiner Verkehrsanschauung unzweifelhaft damit verbunden sei.

12) vgl. die Überschrift in Allg. Teil des BGB, S. 450 "Sozialtypisches Verhalten als Annahme".

13) Allg. Teil, S. 448 ff.

14) Schuldrecht I, 9. Aufl., S. 36.

15) Betti, Festschrift für Lehmann I, S. 256.

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen wird ferner von Simitis vertreten. Von seiner These ausgehend, daß die vom Gesetz als Grundlage des Vertragsbegriffes angesehene Gleichheit und Freiheit der Vertragspartner in der Realität durch die tatsächliche Notwendigkeit der Benutzung der Einrichtungen der Daseinsvorsorge aufgehoben seien¹⁶⁾, steht er auf dem Standpunkt, von einem Vertragsschluß, einer Willensübereinstimmung könne bei dem Vertragsverhältnis der Daseinsvorsorge überhaupt nicht die Rede sein. Das soziale Vertragsverhältnis der Daseinsvorsorge beruhe einzig und allein auf der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistungen des Unternehmers¹⁷⁾. Die Möglichkeit, daß Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge zumindest a u c h durch Austausch von Willenserklärungen zustandekommen könnten, lehnt Simitis ab¹⁸⁾. Die Willenserklärung im Sinn der gesetzlichen Regelung sei im Bereich der Daseinsvorsorge "einfach inexistent"¹⁹⁾.

Aus den Veröffentlichungen, die sich in neuerer Zeit mit der Lehre vom sozialtypischen Verhalten befaßt haben, sind die Dissertation Merkels und die Abhandlung Hitzemanns hervorzuheben. Beide bemühen sich um eine festere dogmatische Fundierung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten.

Nach Merkels Ansicht hat sozialtypisches Verhalten in gleicher Weise Bindungswirkung wie eine Willenserklärung. Das bindende Element einer Willenserklärung sei erzeugtes Vertrauen²⁰⁾. Beim sozialtypischen Verhalten treffe der gleiche Bindungsgrund zu, selbst im Falle einer protestatio²¹⁾. Merkel begründet dies damit, daß der Unternehmer des Massenverkehrs dem Benutzer bereits vor dem Vertragsabschluß schutzwürdiges Vertrauen entgegenbringe, indem er mit mehr oder weniger großen Aufwendungen Leistungen anbiete, die von jedermann sofort und ohne besondere Zulassung angenommen werden könn-

16) Simitis, S.463 ff., insbes. S.472.

17) Simitis, S.527.

18) Simitis, S.528.

19) Simitis, S.524. Dagegen Larenz, Schuldrecht I, 9.Aufl., S.536.

20) Merkel, S.63.

21) Merkel, S.64.

ten²²⁾. Indem ein Benutzer protestiere, könne er das ihm bereits entgegengesetzte Vertrauen nicht mehr rückwirkend zerstören. Das Vertrauen verdiene Schutz, wenn gleichzeitig die im Vertrauen auf das Entgelt angebotene Leistung angenommen werde²³⁾. Merkel betrachtet das sozialtypische Verhalten als Realakt²⁴⁾, den er unter § 151 BGB subsumiert²⁵⁾.

Auch Hitzemann betrachtet tatsächliches öffentliches Angebot und tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung als Realakte²⁶⁾. Den Geltungsgrund der Lehre vom sozialtypischen Verhalten sieht er in einer Rechtsanalogie zu den Bestimmungen §§ 14 Abs.IV S.1, 15 Abs.III S.2, 19 Abs.III S.3 und Abschnitt III Ziffer 2 S.2 der für allgemein verbindlich erklärten²⁷⁾ "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz des Elektrizitätsunternehmens"²⁸⁾.

Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten sind nach seiner Ansicht gesetzliche Schuldverhältnisse²⁹⁾. Dogmatisch ist das Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten nach Hitzemann als "Schuldverhältnis qua Gewährung und Beanspruchung gegenseitigen Vertrauens" zu charakterisieren³⁰⁾. Das Vertrauen soll auf dem "Gebrauch" oder der "Benutzung", kurz dem "Eingriff seitens des Benutzers in ein fremdes Rechtsgut" beruhen, der eine bereits vorhandene abstrakte Vertrauensbeziehung konkretisiere³¹⁾ und durch Sinnbezogenheit³²⁾ und typisierte Anonymität³³⁾ gekennzeichnet sei.

22) Merkel, S.66.

23) Merkel, S.67.

24) Merkel, S.69.

25) Merkel, S.70.

26) Hitzemann, S.27.

27) am 27.1.1942 mit Wirkung vom 1.4.1942 (RAnZ 1942, Nr.39 und 46).

28) Hitzemann, a.a.O., S.41.

29) Hitzemann, a.a.O., S.28, 42.

30) Hitzemann, a.a.O., S.43, 44 und passim

31) Hitzemann, a.a.O., S.44.

32) Hitzemann, a.a.O., S.45.

33) Hitzemann, a.a.O., S.46.

2. Die Rechtsprechung

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bzw. von den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten hat in der Rechtsprechung Eingang gefunden, erstmals in der erwähnten "Parkplatzentscheidung" des BGH³⁴⁾:

Die Stadt Hamburg hatte Teile eines öffentlichen Platzes zu einem gebührenpflichtigen Parkplatz erklärt, um Parkraum für Kurzparker zu schaffen. Die Bewachung der Fahrzeuge gegen Entgelt wurde einem privaten Unternehmer übertragen. Die Beklagte, Halterin eines Kraftwagens, stellte diesen mehrfach auf der als "parkgeldpflichtig und bewacht" gekennzeichneten Fläche ab, wobei sie von vornherein erklärte, daß sie die Bewachung des Fahrzeuges und die Bezahlung des Entgelts ablehne. Der BGH verurteilte die Beklagte zur Zahlung der Parkgebühr: Wer im Rahmen eines Sondernutzungsrechtes eine als gebührenpflichtig gekennzeichnete Parkfläche zum Parken benutze, komme schon dadurch in ein Vertragsverhältnis zum Unternehmer, das ihn zur Zahlung des Entgelts nach Tarif verpflichte, selbst wenn er von vornherein die Zahlung ablehne³⁵⁾. Zur Begründung des Ergebnisses berief sich der BGH auf die Lehren von Haupt und Larenz³⁶⁾. Eine Lösung des Problems nach außervertraglichem Recht würde nach Ansicht des BGH zu einem wirklichkeitsfremden Ergebnis führen. Zur Verurteilung aus unerlaubter Handlung - rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb - müsse bewiesen werden, daß die Klägerin infolge der Benutzung des Parkplatzes durch die Beklagte genötigt gewesen sei, andere zahlungswillige Kraftfahrer zurückzuweisen³⁷⁾, daß also ein Vermögensschaden entstanden sei. Zur Verurteilung

34) BGHZ 21,319 ff. = NJW 56,1475 = JZ 57,58 = MDR 57,149.

35) BGHZ 21,335.

36) BGHZ 21,333 f.

37) BGHZ 21,335.

nach Bereicherungsrecht müsse die Höhe der Bereicherung der Beklagten festgestellt werden. Dies begegne erheblichen praktischen Schwierigkeiten; es hänge davon ab, wieviel Treibstoff verbraucht und Zeit aufgewendet werden müsse, um einen geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche zu suchen³⁸⁾.

Auch in einigen weiteren Entscheidungen, die allerdings nicht Parkplätze oder Parkgebäude betreffen, hat der BGH die Lehre vom sozialtypischen Verhalten herangezogen³⁹⁾.

3. Die Kritik an der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Die Lehren von den faktischen Vertragsverhältnissen kraft sozialer Leistungsverpflichtung und von den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten und die ihnen folgende Rechtsprechung werden von der überwiegenden Meinung in der Literatur abgelehnt.

Allgemein wird kritisch vorgebracht, die neue Lehre sei überflüssig, da man auch bei Anwendung der herkömmlichen Dogmatik zu befriedigenden Ergebnissen gelange⁴⁰⁾.

Die Inanspruchnahme der Leistung habe Erklärungswert. Sie sei daher eine Willenserklärung. Zugang sei gemäß § 151 BGB entbehrlich⁴¹⁾.

Es wird bestritten, daß sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung gebildet habe, daß bezahlen müsse, wer eine nur gegen Entgelt erhältliche Leistung in Anspruch nehme⁴²⁾, und darauf hingewiesen, daß nicht einzusehen sei, warum sich eine solche

38) BGHZ 21,336.

39) vgl. BGHZ 23,175 (Stromabnahme); BGHZ 23,249 (261) (formlose Hofübergabe; vgl. auch LG Bremen, NJW 66,2360 (Straßenbahnfahrt eines Minderjährigen).

40) vgl. Börner, Festschrift für Nipperdey I, S.190; Nikisch, Festschrift für Dölle I, S.89; Wieacker, JZ 57, S.61; Siebert, S.8, 37 f.; Fikentscher, S.59; Enneccerus-Nipperdey, S.1016; Staudinger-Weber, E 39,40 vor § 241; Lehmann, NJW 58, 1 ff.

41) vgl. Blomeyer, MDR 57,153; Bydlinski, S.89; Enneccerus-Nipperdey, S.1016; Wieacker, Festschrift für das OLG Celle, S.269; Siebert, S.21,25; Flume, S.76,97 ff.; Lehmann-Hübner, S.155; Erman-Hefermehl, vor § 145, Rand Nr.60, Soergel-Lange, vor § 145, Anm.118; Staudinger-Weber, vor § 241, E 39.

Zahlungspflicht ausgerechnet auf Vertrag und nicht auf eine andere objektive Anspruchsgrundlage stützen müsse⁴³⁾.

Es wird ferner geltend gemacht, Massenverträge, bei denen sich die Vertragsfreiheit in der Abschlußfreiheit erschöpfe, habe es auch schon vor Schaffung des BGB gegeben. Sie seien keine neue Erscheinung, die eine Weiterbildung des BGB erforderten⁴⁴⁾. Es werden Begriffsbildung und Anwendungsbereich der Lehre kritisiert. Jedes Rechtsgeschäft sei "sozialtypisches Verhalten"⁴⁵⁾. Der Begriff des sozialtypischen Verhaltens habe die denkbar geringste Kennzeichnungskraft⁴⁶⁾. Bydlinski fragt pointiert: "Sind die maskierten, pistolenbewehrten Männer, die eilig mit banknotengefüllten Taschen ein Geldinstitut verlassen, als 'faktische Darlehensnehmer' zu den üblichen Bankbedingungen anzusehen?"⁴⁷⁾ An anderer Stelle⁴⁸⁾ weist er darauf hin, daß sich der Benutzer im Parkplatzfall gerade nicht sozialtypisch verhalten habe.

Gegen den von Merkel und Hitzemann unternommenen Versuch, die Lehre vom sozialtypischen Verhalten als einen Fall der Vertrauenshaftung zu betrachten, wendet sich mit Recht Canaris⁴⁹⁾: Wenn der Unternehmer seine Leistung anbiete und darauf vertraue, daß derjenige, der sie in Anspruch nehme, auch den Preis bezahlen werde, so habe dieses Vertrauen keine hinreichende objektive Grundlage. Abwegig sei es, in den Fällen eines Eingriffs in ein fremdes Rechtsgut anzunehmen, es werde Vertrauen in Anspruch genommen.

42) vgl. Enneccerus-Nipperdey, S.1017, Fußnote 65; Bydlinski, S.89.

43) Bydlinski, S.87 f.

44) so Flume, S.97.

45) Flume, S.98.

46) Schreiber, NJW 68,627.

47) Bydlinski, S.88.

48) Bydlinski, S.98.

49) Canaris, Vertrauenshaftung, S.446, Fußnote 35.

Über die richtige Lösung des Parkplatzfalles besteht zwischen den Autoren, welche die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ablehnen, keine Einigkeit.

Die wohl überwiegende Meinung nimmt mit dem BGH an, daß ein Vertrag zustandegekommen sei, jedoch mit anderer Begründung als der BGH: Im Abstellen des Fahrzeuges liege eine Willenserklärung⁵⁰⁾. Erklärt der Benutzer, er wolle keinen Vertrag abschließen, so wird das als unbeachtliche "protestatio facto contraria" angesehen⁵¹⁾.

Einen weiteren Grund für die Unbeachtlichkeit des Protestes findet Siebert in folgendem: Der Parkplatzbenutzer äußere eine bestimmte Rechtsauffassung. Sein Protest betreffe nicht den Inhalt der Erklärung, sondern nur dessen Rechtsfolge. Der Benutzer trage das Risiko seiner Rechtsauffassung⁵²⁾.

Eine andere, in letzter Zeit stärker vertretene Auffassung will den Parkplatz-Fall durch Anwendung des Bereicherungsrechts lösen⁵³⁾.

50) vgl. Nipperdey, MDR 57,129; Wieacker, Festschrift für das OLG Celle, S.268 f.; JZ 57,61; Siebert, S.22; Enneccerus-Nipperdey, S.1016; Lehmann, NJW 58,4; Esser, Schuldrecht I, S.98 (anders 2.Aufl., S.35); Flume, S.89; Erman-Hefermehl, vor § 1145, Rand Nr.61; Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm.5; Soergel-Lange, vor § 145, RandNr.118; Staudinger-Weber, vor § 241, E 39; Hübner, Festschrift Nipperdey I, S.377.

51) Nipperdey, MDR 57,129; Wieacker, Festschrift OLG Celle, S.268 f.; Esser, Schuldrecht I, 4.Aufl., S.98; Flume, S.76,99; Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm.5; Staudinger-Weber, vor § 241, E 40; vgl. auch RGZ 111,132; Hübner, Festschrift für Nipperdey, München und Berlin, 1965, Bd.I, S.377; Wolf in "Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts", S.136.

52) Siebert, S.36; kritisch zu dieser Auffassung Ellinghaus, S.111; vgl. auch Soergel-Knopp, § 157, RandNr.30.

53) Blomeyer, MDR 57,153; Lehmann, NJW 58,5; Lehmann-Hübner, S.156; Enneccerus-Nipperdey, S.1017; Gudian, JZ 67,307; Bydlinski, S.101; Kellmann, S.128; Baer-Kaupert, S.87,105 f.; Fikentscher, S.65 ff.; ähnlich auch Wilburg, AcP 163, 346.

Ein Teil der Vertreter dieser Auffassung bejaht dabei einen rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß, meint aber, daneben sei der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des Parkentgeltes auch aus Bereicherung begründet⁵⁴⁾.

Der andere Teil lehnt Vertragsschluß ab. Der Benutzer habe keine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung abgegeben. Die Vertreter dieser Ansicht stützen den Entgeltsanspruch nur auf Bereicherungsrecht⁵⁵⁾.

Der Höhe nach soll nach überwiegender Meinung⁵⁶⁾ der Bereicherungsanspruch dem im Fall eines Vertragsschlusses begründeten Entgeltsanspruchs des Unternehmers gleichkommen. Wie dies zu begründen ist, darüber herrscht wiederum keine Einigkeit. Ein Teil der Anhänger der Bereicherungslösung meint, diese Höhe des Bereicherungsanspruches ergebe sich bereits aus dem geltenden Bereicherungsrecht. Der Wert des Erlangten entspreche der Höhe des Entgelts. Der Benutzer könne nicht einwenden, er hätte anderswo unentgeltlich parken können⁵⁷⁾. Man beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁵⁸⁾ und des Bundesgerichtshofes⁵⁹⁾.

Ein anderer Teil der Vertreter der Bereicherungslösung meint, das Bereicherungsrecht enthalte eine Lücke, welche die Entgelthaftung für unter bestimmten Bedingungen angebotene und in Anspruch genommene Leistungen betreffe. Das Bereicherungs-

54) vgl. Lehmann, NJW 58,5; Lehmann-Hübner, S.156; Enneccerus-Nipperdey, S.1077.

55) Blomeyer, MDR 57,153; Gudian, JZ 67,307; Bydlinski, S.101; Kellmann, S.128; Fikentscher, S.65 ff.; Mestmäcker, JZ 64,444.

56) vgl. Fußnote 57 und 54.

57) Blomeyer, MDR 57,153; Kellmann, S.128.

58) RGZ 97,312.

59) BGHZ 20,275; 22, 400.

recht ist nach dieser Auffassung weiterzuentwickeln. Eine systemgerechte Weiterentwicklung des Bereicherungsrechtes sei indessen eher zu vertreten als die Schaffung eines neuen Verpflichtungsgrundes⁶⁰⁾.

Bydlinski meint, der Bereicherungsanspruch müsse etwas unter der tariflichen oder sonst üblichen Vergütung liegen, da den Unternehmer das Risiko der Gehilfenhaftung nicht treffe, das in der üblichen oder tarifmäßigen Gegenleistung mitentgolten werde⁶¹⁾.

II. Anwendung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen auf das Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages?

Das BGB kennt keinen anderen Weg der Begründung eines Vertragsverhältnisses als den des Austausches von Willenserklärungen. Das ist nicht etwa eine Gesetzeslücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes⁶²⁾, also einer Unvollständigkeit schon vom Standpunkt der dem Gesetz immanenten Zwecksetzung⁶³⁾; vielmehr ist nach der Gesamtkonzeption des BGB der rechtsgeschäftliche Vertragsschluß der einzige Entstehungsgrund eines Vertragsverhältnisses⁶⁴⁾.

Von dieser Gesamtkonzeption her betrachtet stellt die Anerkennung eines Vertragsschlusses durch sozialtypisches oder faktisches Verhalten die Fortbildung des Rechts praeter legem durch Schaffung eines neuen Rechtsinstitutes dar.

60) Fikentscher, S.69; Gudian, JZ 67, 307; Schreiber, NJW 68, 623 ff. nimmt eine Lücke des geltenden Rechts an, die er durch eine zu schaffende Rechtsnorm schließen will.

61) Bydlinski, S.100.

62) Canaris, S.16.

63) Larenz, Methodenlehre, S.353.

64) vgl. Motive, Mugdan I, S.421 f.; 441 ff.

Eine Rechtsfortbildung praeter legem kann nur durch die Erkenntnis gerechtfertigt werden, daß das geltende Recht im fraglichen Bereich nicht mehr zu sachgerechten Ergebnissen führt und daher eine unabweisbare Notwendigkeit besteht, neue Normen zu schaffen, soll ein Rechtsnotstand vermieden werden⁶⁵⁾. Führt dagegen das geltende Recht bei Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden und Analogieregeln zu sachgerechten Ergebnissen, so ist die Schaffung eines neuen Rechtsinstitutes praeter legem nicht zu vertreten.

Die Ausgangsfrage ist somit: Zu welchen Ergebnissen führt die Anwendung der herkömmlichen Dogmatik, nach der einzigen Entstehungstatbestand eines Vertragsverhältnisses der rechtsgeschäftliche Vertragsschluß ist, auf die Tatbestände der Daseinsvorsorge im Massenverkehr? Sind diese Ergebnisse sinnvoll und angemessen?

Da aber das Thema dieser Arbeit nicht die Tatbestände der Daseinsvorsorge im Massenverkehr generell, sondern nur die Vertragsverhältnisse zwischen Benutzern und Unternehmern von Parkplätzen und Parkgebäuden ist⁶⁶⁾, ist die Frage dahingehend einzuengen, zu welchen Ergebnissen die Anwendung der herkömmlichen Dogmatik auf die Begründung dieser Vertragsverhältnisse führt.

Zu diesem Zweck soll im folgenden für verschiedene, praktisch bedeutsame Fallkonstellationen geprüft werden, zu welchem Ergebnis die Behandlung nach dem herkömmlichen vertrags- und außervertraglichen Recht führt. Die Fallkonstellationen sind:

65) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.382 ff.; insbesondere S.401.

66) Dabei soll den Vertretern der Lehre vom sozialtypischen Verhalten einmal darin gefolgt werden, die Bereitstellung von Kraftfahrzeug-Abstellplätzen zur Daseinsvorsorge zu rechnen, obschon dies höchst zweifelhaft ist, vgl. Bydliniski, S.88: "Ein b e w a c h t e r Parkplatz ist niemandem unentbehrlich; das könnte man höchstens von einem Parkplatz an sich behaupten." Kritisch auch Raiser, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.I, S.125, Fußnote 58.

1. Der normale Vorgang der Benutzung eines Parkplatzes oder Parkgebäudes;
2. die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes unter Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit;
3. die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes bei Abwesenheit des Personals;
4. die "heimliche" Inanspruchnahme eines Abstellplatzes;
5. die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes durch einen minderjährigen Benutzer.

1. Der normale Vorgang der Benutzung eines Parkplatzes oder Parkgebäudes

Zunächst soll der normale, also glatt verlaufende und konfliktlose Vorgang der Benutzung eines Parkplatzes oder Parkgebäudes auf seine juristische Bedeutung untersucht werden.

Die Benutzung eines Parkplatzes spielt sich üblicherweise folgendermaßen ab: Der Benutzer fährt das Fahrzeug auf den Parkplatz und stellt es auf einem freien Abstellplatz ab, u.U. nach Anweisung des Personals oder sogar durch dieses eingewiesen. Der Parkwächter trennt von einem teilbaren Schein, der auf beiden Teilen eine fortlaufende Nummer trägt, den einen Teil ab und befestigt ihn am Fahrzeug, während er den anderen Teil dem Benutzer übergibt. In der Regel verlangt der Parkwächter sofort das Parkentgelt, der Benutzer bezahlt es.

Eine andere Ausgestaltung des Benutzungsvorganges ist die, daß der Benutzer bereits an der Einfahrt zum Parkplatz den Parkschein erhält, der andere Teil des Scheines am Fahrzeug befestigt wird, und der Benutzer bezahlt. Danach fährt der Benutzer auf den Parkplatz und sucht sich einen freien Abstellplatz.

Bei den Parkgebäuden sind S a m m e l g a r a g e n und P a r k h ä u s e r zu unterscheiden. Diese beiden Grund-

typen des Parkgebäudes unterscheiden sich durch den Benutzungsvorgang: Im Parkhaus werden die Fahrzeuge verschlossen abgestellt; der Benutzer nimmt den Schlüssel mit sich. In der Sammelgarage läßt der Benutzer die Fahrzeugschlüssel entweder im Fahrzeug oder übergibt sie dem Unternehmer oder dessen Personal.

Der übliche Benutzungsvorgang bei der S a m m e l g a r a g e ist der folgende: Der Benutzer fährt in die Garage, wird dort vom Personal angehalten. Nicht anders als beim Parkplatz wird die eine Hälfte eines nummerierten, teilbaren Scheines - des Parkscheines - am Fahrzeug befestigt und die andere Hälfte dem Benutzer übergeben. Danach wird das Fahrzeug von dem Personal oder dem Benutzer eingeparkt. Die Fahrzeugschlüssel bleiben im Fahrzeug oder werden vom Personal in Verwahrung genommen.

Bei den P a r k h ä u s e r n ist zwischen automatischem und nichtautomatischem Betrieb zu unterscheiden.

Bei nichtautomatischem Betrieb erhält der Benutzer an der Einfahrt des Parkhauses vom Personal einen Parkschein. Er fährt danach ins Parkhaus und sucht sich dort einen Abstellplatz, wo er das Fahrzeug verschlossen abstellt. Schlüssel und Parkschein nimmt er bei Verlassen des Parkhauses mit sich. Bei Rückkehr legt er an der Kasse den Parkschein vor, bezahlt das geforderte Entgelt, erhält eine Quittung und gibt bei Ausfahrt aus dem Parkhaus den Parkschein, auf welchem die Bezahlung vermerkt ist, an das Personal zurück.

Im Prinzip gleich verhält es sich bei automatischem Betrieb. Der Benutzer zieht bei Einfahrt einen Parkschein aus einem Automaten, der daraufhin eine Schranke öffnet und dem Benutzer das Einfahren in das Parkhaus ermöglicht. Der Benutzer stellt das Fahrzeug verschlossen ab, nimmt Parkschein und Schlüssel mit und legt den Parkschein bei Rückkunft an der Kasse vor⁶⁷⁾. Er erhält nach Bezahlung des Entgeltes eine

67) Bei den modernsten Anlagen geschieht auch das Kassieren des Entgelts automatisch. Der Parkschein enthält ein Magnetband, auf das bei der Einfahrt alle wichtigen Daten und die Zeit eingedruckt werden. Der Kassenautomat berechnet den zu bezahlenden Betrag und gibt das Wechselgeld heraus, ferner den Parkschein, auf dem nunmehr "Ausfahrt" codiert ist und der an die Stelle der im Text genannten Metall- oder Plastikmünze tritt. Vgl. Münchner Stadtanzeiger vom 12.12.72.

Plastik- oder Metallmünze, die er in einen Automaten an der Ausfahrt einwirft, welcher daraufhin eine das Ausfahren hindernde Schranke öffnet.

Sowohl bei Parkplätzen wie auch bei Parkgebäuden ist also die Aushändigung eines Parkscheines an den Benutzer die Regel. Dieser Parkschein dient verschiedenen Zwecken:

Er ermöglicht die Kontrolle der Parkzeit, indem die Zeit der Ankunft auf ihm maschinell oder mit der Hand vermerkt wird. Er dient der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁶⁸⁾. Er gibt dem Benutzer einen Beweis für den Vertragsschluß. Wird von dem Unternehmer die Obhut über das Fahrzeug übernommen, so erleichtert er die Kontrolle der Legitimation des Abholenden⁶⁹⁾. Dem Unternehmer ermöglicht er die Kontrolle, ob der Abholende das Entgelt bezahlt hat. Häufig dient der Parkschein auch als Quittung über das Parkentgelt. Nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Fahrzeugwache- und Kaskoversicherungen ist die Aushändigung eines Parkscheines ferner Voraussetzung für das Eintreten von Versicherungsschutz⁷⁰⁾. Diese vielseitigen Vorzüge des Parkscheines sind die Ursache dafür, daß auf die Verwendung eines Parkscheines bei der organisatorischen Ausgestaltung des Benutzungsvorganges eines Parkbetriebes so gut wie niemals verzichtet wird. Benutzungsvorgänge, welche Übergabe eines Parkscheines nicht vorsehen, werden deshalb hier als in der Rechtswirklichkeit nicht vorkommend ausgeklammert.

Es ist nun zu fragen, ob und wann bei den beschriebenen Benutzungsvorgängen eine Willenseinigung über den Abschluß eines Abstellvertrages bewirkt wurde. Es bleibt nichts anderes übrig, als die Benutzungsvorgänge in ihre einzelnen Phasen zu zerlegen und für jede dieser Phasen zu klären, ob sie eine Willenserklärung enthält, und welchen Inhalt diese Willenserklärung hat. Entsprechen sich zwei solchermaßen gefundene Erklärungen inhaltlich, so liegt ein Vertragsschluß vor.

68) Siehe dazu unten 1. Teil, 2. Abschnitt, II (S. 50 f.).

69) Siehe dazu unten 2. Teil, 3. Abschnitt, I (S. 134 ff.).

70) Siehe dazu unten 2. Teil, 3. Abschnitt, IV, (S. 153 ff.).

Bei der Benutzung eines P a r k p l a t z e s lassen sich folgende Phasen unterscheiden:

- a) Der Unternehmer macht den Parkplatz der Öffentlichkeit zugänglich.
- b) Der Benutzer fährt das Fahrzeug auf den Parkplatz.
- c) Der Benutzer stellt das Fahrzeug auf einem freien Abstellplatz ab.
- d) Der Unternehmer oder dessen Personal befestigt den Nummernabschnitt am Fahrzeug des Benutzers und bietet dem Benutzer Übergabe des Parkscheines an.
- e) Der Benutzer nimmt den Parkschein entgegen.
- f) Der Benutzer zahlt das Parkentgelt.
- g) Der Benutzer entfernt sich, das Fahrzeug auf dem Parkplatz zurücklassend.

- a) Der Unternehmer macht den Parkplatz der Öffentlichkeit zugänglich

Dieses Verhalten des Unternehmers wäre ein Vertragsantrag, wenn sich aus ihm der Wille erkennen ließe, einen Vertrag bestimmten Inhalts rechtsverbindlich in Geltung zu setzen.

Ein solcher Wille ist in der Regel jedoch nicht erkennbar. Denn würde man ihn unterstellen, so könnte der Benutzer durch eine Annahmeerklärung ohne weiteres einen Vertrag entstehen lassen. Die Annahmeerklärung könnte nur in der Benutzung des Parkplatzes liegen. Der Unternehmer wäre bereits durch die Tatsache der Benutzung vertraglich verpflichtet, für das Fahrzeug einen Abstellplatz zur Verfügung zu stellen und gegebenenfalls Obhutspflichten zu tragen. Für Verletzung dieser Pflichten würde er haften, obwohl ihm die Benutzung u.U. gar nicht bekannt wäre (§ 151 BGB). Einen solchen Willen, der zu vertraglichen Bindungen ohne Wissen des Unternehmers führen kann, hat dieser nicht. Der Unternehmer will sich vielmehr seine Handlungsfreiheit im Einzelfall vorbehalten. Sein Wille, allgemein Geschäfte abzuschließen, der sich im Eröffnen des Parkplatzes zeigt, ist nicht mit rechtsgeschäftlichem Bindungs-

willen gleichzusetzen⁷¹⁾.

Es liegt somit keine Willenserklärung des Unternehmers vor, sondern eine unverbindliche "invitatio ad offerendum".

b) Der Benutzer fährt das Fahrzeug auf den Parkplatz

Auch aus diesem Verhalten des Benutzers ist kein Rechtsfolge-wille erkennbar. Denn es hat keinen eindeutigen Kundgabesinn. Wer auf einen Parkplatz auffährt, gibt nicht eindeutig die Absicht zu erkennen, dort auch zu parken. Sein Wille kann auch auf etwas anderes gerichtet sein: Sich zu erkundigen, eine Durchfahrt zu suchen etc.

c) Der Benutzer stellt das Fahrzeug ab

Das Abstellen des Fahrzeuges auf dem Parkplatz könnte als Vertragsantrag nur aufgefaßt werden, wenn man dieses Verhalten dahingehend auslegen könnte, daß der Benutzer seinen Willen zum Abschluß eines Vertrages zu vom Unternehmer einseitig bestimmtem Preis und Bedingungen erklären wolle.

Andernfalls wäre das Verhalten des Benutzers für einen Vertragsantrag zu unbestimmt. Denn ein solcher setzt eine Erklärung voraus, die so bestimmt ist, daß durch bloße zustimmende Annahme seitens des anderen Vertragskontrahenten ein Vertrag zustandekommen kann. Aus dem Verhalten des Benutzers als solchem ergeben sich aber weder Preis noch Vertragsbedingungen. Eine Auslegung des Verhaltens des Benutzers dahingehend, er wolle zu Preis und Bedingungen des Unternehmers abschließen, ist aber nicht möglich. Wer sein Fahrzeug auf einem Parkplatz abstellt (und nur um diesen Vorgang, nicht etwa den weiteren des Sichertfernens unter Zurücklassen des Fahrzeuges geht es), gibt damit nicht zu erkennen, daß er jeglichen Preis und alle Bedingungen des Unternehmers ohne weitere Prüfung oder Erkun-

71) Unrichtig daher Mäding, DAR 51,17, der einen Vertragsantrag bereits im Vorhandensein eines Parkwächters oder von Schildern ("bewachter Parkplatz", Gebühren-tafel) sieht.

digung akzeptieren will⁷²⁾, sondern behält es sich vor, den Parkplatz nach Abstellen des Fahrzeuges wieder zu verlassen, wenn er nach Abstellen des Fahrzeuges erfährt, daß der geforderte Preis ihm zu hoch ist.

Daher ist auch das Abstellen des Fahrzeuges noch keine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung des Benutzers.

d) Der Unternehmer befestigt den Nummernteil am Fahrzeug und bietet dem Besucher Übergabe des Parkscheins an

Wenn der Unternehmer dem Benutzer die Übergabe des Parkscheins anbietet, so läßt sich aus diesem Verhalten ein Bindungswille des Unternehmers klar entnehmen. Dies ergibt sich aus der bereits erwähnten vielseitigen Funktion des Parkscheins, der u.a. für die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und für die Versicherung eines abgestellten Fahrzeuges Bedeutung hat.

Das Angebot, den Parkschein zu übergeben, ist somit als konkludenter Antrag auf Abschluß eines Kraftfahrzeugabstellvertrages zu Preis und Bedingungen des Unternehmers aufzufassen. Dem Befestigen des Nummernabschnitts an dem Fahrzeug kommt demgegenüber keine selbständige Bedeutung als Willenserklärung zu.

72) Ellinghaus meint (S.111 f.), das Abstellen besitze "rechtsgeschäftliche Sinngestalt". Bindend sei es nur, wenn ein "Sinnbewußtsein" des Abstellers hinzutrete. Dieses fehle, wenn z.B. A auf einen Parkplatz fahre, auf dem sein Bruder als Wächter tätig sei und sage "laß mich mal eben hier anhalten", oder wenn ein Ausländer auf den Platz fahre und der Wächter merke, daß dieser ganz offenbar glaube, die Nutzung der Fläche sei kostenlos und ohne Bewachung. - Ellinghaus ist entgegenzuhalten, daß das Abstellen als solches keine rechtsgeschäftliche Sinngestalt besitzt: Soll der eine Willenserklärung abgegeben haben, der auf einen Parkplatz fährt, aussteigt, vom Parkwächter erfährt, daß das Parken sehr teuer ist, sich darauf entschließt, einen billigeren Parkplatz zu suchen und wieder wegfährt? Anders liegt es, wenn er das Fahrzeug stehen läßt. Dann kommt es auf das Erklärungsbewußtsein an, vgl. unten S.36f.. Es fehlt in den Beispielen Ellinghaus, das trifft zu.

e) Der Benutzer nimmt den Parkschein entgegen

Nimmt der Benutzer den Parkschein entgegen, so ergibt sich daraus ein korrespondierender Bindungswille des Benutzers, sofern nicht sein sonstiges Verhalten geeignet ist, diesen Eindruck zu zerstören, so bei einem verbalen Vorbehalt, oder wenn der Benutzer den Parkschein erkennbar erst kritisch prüfen will.

Im Regelfall liegt somit in der Entgegennahme des Parkscheines die Annahme des Vertragsangebots.

f) Der Benutzer zahlt das Parkentgelt

Der Vertrag kommt bereits mit Annahme des Parkscheins zustande. Die Zahlung des Entgelts ist als Erfüllung des Vertrages für deren Abschluß ohne Belang, auch wenn sie nochmals den Bindungswillen des Benutzers zeigt.

g) Der Benutzer entfernt sich vom Parkplatz, das Fahrzeug zurücklassend

Da der Vertrag im hier behandelten Normalfall bereits durch Annahme des Parkscheines zustandekommt, hat das Verlassen des Parkplatzes keine Bedeutung mehr. Anders kann es in den Ausnahmefällen liegen, in denen es nicht zu einer Parkscheinübergabe gekommen ist. Dann kann eine Willenserklärung vorliegen. Die Frage wird unten^{72a)} behandelt.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Der P a r k p l a t z - Abstellvertrag kommt bei normalem Verlauf des Benutzungsvorgangs mit vorbehaltloser Entgegennahme des Parkscheines durch den Benutzer zustande.

72a) 1. Teil, 1. Abschnitt, II, 2-4, S. 26 ff.

Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Parkschein vor oder nach Abstellen des Fahrzeuges übergeben wird. Denn wenn schon bei Aushändigung nach Abstellen der Vertrag erst mit der Aushändigung zustandekommt, dann erst recht, wenn der Schein bereits vorher ausgehändigt wird, da kein sonstiges vorhergehendes Verhalten, wie Auffahren, Abstellen etc. als Willenserklärung in Betracht kommt.

Das hier gewonnene Ergebnis deckt sich mit den spärlichen, nicht näher begründeten Stellungnahmen in der Rechtsprechung⁷³⁾. Es ist auch der Standpunkt, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Parkplätzen eingenommen wird, soweit diese sich über den Vertragsschluß äußern⁷⁴⁾.

Die einschlägigen Versicherungsbedingungen legen gleichfalls den hier eingenommenen Standpunkt zugrunde, da sie den Versicherungsschutz von der Aushändigung eines Parkscheines abhängig machen⁷⁵⁾.

73) Vgl. AG Düsseldorf, VersR 55,483; LG München, VersR 65,173; OLG Köln, VersR 58,101; a.M. nur LG Göttingen, DAR 52,8: Die Übergabe des Parkscheines folge wie die Übergabe anderer Legitimationspapiere dem Vertragsschluß nach. Hier wird verkannt, daß die velseitige Funktion des Parkscheines, der deshalb eben nicht nur ein einfaches Legitimationspapier ist, dazu führen muß, seiner Übergabe vertragskonstitutive Bedeutung beizulegen.

74) Typische Formulierung: "Mit dem Zustandekommen des Verwahrungsvertrages durch Annahme dieses Parkscheines..." (AGB auf den Parkscheinen des Bewachungsdienstes des Bayerischen Roten Kreuzes; Bewachungsversicherer ist die "EUROPÄISCHE").

75) Vgl. die "Allgemeinen Bedingungen für die Fahrzeug- und Gepäckversicherung von Landfahrzeug-Bewachungsunternehmen" (abgedruckt in VerBAV 1965, S.45 ff.):

§ 1 Abs.1: "Der Versicherungsschutz beginnt mit dem Einstellen ordnungsgemäß zur Bewachung übergebener Fahrzeuge gegen gleichzeitige Aushändigung des für die Fahrzeugart vorgesehenen Parkscheins an den Fahrzeugeinsteller..."

§ 1 Abs.2: "Bei Fahrzeugen, die nach allgemeiner Beendigung der Bewachung oder die ohne Lösen eines Parkscheines eingestellt oder wieder eingestellt werden, besteht kein Versicherungsschutz."

§ 13 Abs.1: "Sofern nichts anderes vereinbart ist, ist der Versicherungsnehmer (= der Unternehmer, Anm.d.Verf.) verpflichtet

1. ...

2. ...

3. sicherzustellen, daß a) dem Einsteller bei der Annahme des eingestellten Fahrzeuges durch das Bewachungspersonal der für die Fahrzeugart bestimmte noch nicht verwendete Parkschein des Versicherers ausgehändigt wird..."

Dieses letztere Faktum ist auch für sich geeignet, das gewonnene Ergebnis zu bekräftigen, da von einem Unternehmer nach der Verkehrsauffassung nicht erwartet werden kann, daß er Kraftfahrzeugabstellverträge ohne Versicherungsschutz für die abgestellten Fahrzeuge und korrespondierenden Haftungsaus- schluß für sich selbst abschließt⁷⁶⁾.

Was für den Parkplatz ausgeführt wurde, gilt auch für Parkhaus und Sammelgarage: Der Vertrag kommt mit Annahme des Parkscheines durch den Benutzer zustande. Wird der Parkschein durch Automaten offeriert, so ist das keine Besonderheit. Das Angebot liegt, wie bei anderen Automaten auch⁷⁷⁾, im betriebsbereiten Vorhandensein des Automaten.

Schwierigkeiten ergeben sich hier noch weniger als beim Park- platz, weil das Aushändigen des Parkscheines in der Regel dem Abstellen vorausgeht, so daß nachfolgendes Abstellen schon aus diesem Grund nicht als Willenserklärung in Betracht kommt.

Auch für Parkhaus und Sammelgarage steht das hier gewonnene im Einklang mit der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁷⁸⁾ und einschlägigen Versicherungsbedingungen⁷⁹⁾ zugrunde gelegten Auffassung.

76) Hier ist zu bedenken, daß der Unternehmer u.U. nach der BewachungsVO vom 22.11.63 zur Gewährung von Versicherungsschutz gesetzlich verpflichtet ist; vgl. unten 2. Teil, 3. Abschnitt, III und IV. (S.141 ff.).

77) Vgl. Soergel-Lange, § 145 RandNr.7; Staudinger-Coing, § 145, RandNr.3.

78) Vgl. die Muster - "Parkhaus-Einstellbedingungen", Ziffer 1: "Mit der Annahme des Einstellscheines bzw. des Einstellver- trages kommt ein Mietvertrag über einen Kfz.-Einstellplatz zustande."

79) Vgl. die "Allgemeinen Versicherungsbedingungen" der Agrippina Versicherungs AG für die Versicherung von in Garagenunternehmen und Parkhäusern abgestellten Fahrzeugen (Formular "FW 112 a 4.67-5-HD").

§ 1 Abs.1: "Die Versicherung umfaßt die Beschädigung, die Zerstörung und den Verlust eines durch Parkschein ver- sicherten Fahrzeuges..."

§ 3 Abs.1: "Der Versicherungsschutz beginnt mit der Einfahrt des Fahrzeuges in das Garagen/Parkhausgelände (siehe § 2 Abs.2), jedoch unter der Voraussetzung, daß gleich- zeitig mit der Abstellung des Fahrzeuges durch den Fahr- zeugabsteller ein Parkschein gelöst wird."

Es zeigt sich somit, daß bei normalem Verlauf des Benutzungsvorganges die herkömmliche Dogmatik des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses ein befriedigendes, lebensnahes Ergebnis liefert, und daß deshalb für die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen insoweit kein Bedürfnis besteht.

2. Die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes unter Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit

Ein Kraftfahrer fährt auf einen als gebührenpflichtig gekennzeichneten Parkplatz. Er stellt sein Fahrzeug ab, weigert sich aber gegenüber dem Parkwächter, einen Parkschein anzunehmen oder etwas zu bezahlen. Er wolle keinen Vertrag schließen, da nach seiner - allerdings unrichtigen - Ansicht der Platz im Gemeingebrauch stehe. Er verläßt den Parkplatz, läßt sein Fahrzeug aber stehen.

Ist nach der herkömmlichen Dogmatik ein Abstellvertrag zustandegekommen? Die gefundene Regel, daß in solchen Fällen, in denen ein Parkschein übergeben wird, der Vertrag mit deren Entgegennahme zustandekommt, ist hier nicht anwendbar, da es an einer Übergabe fehlt.

Es ist daher zu fragen, ob zwei sich entsprechende Willenserklärungen vorliegen. Das Anbieten des Parkscheines ist ein auf Abschluß eines Vertrages gerichtete Willenserklärung des Unternehmers. Wo aber liegt die Erklärung des Benutzers? Das Abstellen des Fahrzeuges als solches ist noch keine Willenserklärung⁸⁰⁾. Auch aus den mündlichen Äußerungen des Benutzers ergibt sich kein Wille zum Vertragsschluß, sondern im Gegenteil der Wille, keinen Vertrag abzuschließen. Als Willenserklärung könnte also allenfalls das Sichentfernen vom Parkplatz unter Zurücklassen des Fahrzeuges gewertet werden.

Nun kann man aus dem Sichentfernen unter Zurücklassung des Fahrzeuges, wenn keine weiteren Äußerungen gemacht werden,

80) siehe oben S. 21.

an sich auf einen Vertragswillen schließen. Denn wer auf einem Parkplatz sein Fahrzeug zurückläßt, der bekanntermaßen nur auf Grund eines Vertragsabschlusses benützt werden darf, hat nach der Verkehrsanschauung auch den Willen, einen solchen Vertrag abzuschließen. Sein Verhalten ist eine schlüssige Willenserklärung. In diesem Punkt sind sich die Vertreter der herkömmlichen Dogmatik einig⁸¹⁾.

Das Problem ist jedoch: Kann das Verhalten auch dann noch als schlüssige Willenserklärung angesehen werden, wenn der Betreffende ausdrücklich vor dem Zurücklassen des Fahrzeugs erklärt, er wolle keinen Vertrag schließen?

Die Frage stellen heißt, sie verneinen. Aus dem Verhalten des Benutzers ergibt sich eindeutig, daß er nicht den Willen hat, einen Vertrag abzuschließen. Die Verkehrsanschauung kann diese Feststellung nicht entkräften. Sie ist ein Auslegungsmittel, das nicht herangezogen werden kann, wenn die Erklärung keine Unklarheit enthält. So aber liegt es hier. Es fehlen ganz offensichtlich alle Elemente einer Willenserklärung, nämlich Erklärung und Wille. In prägnanter Klarheit hat dies Bydlinski formuliert:

"Der Handelnde **w i l l** ganz offensichtlich keine rechtliche Bindung und er bringt dies mit nicht mehr zu überbietender Klarheit zum **A u s d r u c k**. Es kann weder vom Rechtsfolgewillen, noch von einer auch nur scheinbaren Erklärung eines solchen, noch vom Vertrauen des Partners auf eine Willenserklärung die Rede sein. Dem Partner ist vielmehr, sobald er von dem Verhalten Kenntnis erlangt, evident und unzweifelhaft, daß der Handelnde unberechtigt in den Parkplatz eindringen ... will."⁸²⁾

81) Vgl. Anm.47; ferner Mäding, DAR 51,17. Das Sichentfernen unter Zurücklassung des Fahrzeuges ist allerdings in den Fällen keine Willenserklärung, in denen der Parkplatzunternehmer **n u r** bewacht, nicht aber den Abstellplatz zur Verfügung stellt, weil dieser im Gemeingebrauch steht und daher auch ohne Vertragsschluß unentgeltlich jedermann zur Verfügung steht. Siehe dazu auch unten S. 70 f.

82) Bydlinski, S.96. Ähnlich Wilburg, AcP, 163,369; Canaris, Vertrauenshaftung, S.446.

Abzulehnen ist die Meinung, welche sich auf den Satz "protestatio facto contraria non valet" beruft und dadurch auf dem Boden der überkommenen Rechtsdogmatik doch zu einer auf Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung des Benutzers gelangen zu können glaubt⁸³⁾. Dieser Satz wird dahin verstanden, daß sich nicht auf seine wörtliche Äußerung berufen könne, wessen Verhalten mit dieser Äußerung nach Treu und Glauben in Widerspruch stehe⁸⁴⁾.

Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, daß auch das Prinzip von Treu und Glauben keine Willenserklärung entstehen lassen kann, wo nun einmal alle Elemente einer Willenserklärung, Wille und Erklärung, fehlen⁸⁵⁾.

Insbesondere ist keine Begründung dafür ersichtlich, warum die klare und unzweideutig wörtliche Erklärung des Benutzers als unbeachtlich angesehen werden kann und allein auf das sonstige Verhalten des Benutzers abgestellt werden kann, wo doch das richtige und übliche Verfahren gerade das Gegenteil ist, nämlich auf die wörtliche Erklärung abzustellen und das sonstige Verhalten des Erklämers nur ergänzend zur Auslegung heranzuziehen, wenn die wörtliche Erklärung Unklarheiten offen läßt.

Als Begründung kann auch nicht etwa der Wunsch dienen, den Benutzer vertraglich gebunden zu sehen: Eine vertragliche Bindung kann nur als Folge des Vorliegens einer Willenserklärung entstehen, nicht aber der Grund für deren Annahme sein.

83) Vgl. die in Anm.51 genannten, ferner Enneccerus-Nipperdey, § 154, Fußnote 42 (S.953).

84) Gudian, JZ 67,306 weist überzeugend nach, daß diese Definition nicht im Sinne Riezlers (Venire contra factum proprium, Leipzig, 1912) liegt, auf den sich die Vertreter der protestio-Lösung allgemein berufen. Riezler untersuchte die Wirkung eines Protestes, nachdem durch schlüssiges Verhalten eine Bindung bereits geschaffen worden war, vgl. Riezler, a.a.O., S.119.

85) Vgl. auch Schreiber, NJW 68,627 "... in dem Parkplatzfall läßt der Benutzer den Pächter über seine Erklärung nicht im unklaren. Wo überhaupt keine Erklärung vorliegt, kann deshalb auch durch Auslegung keine Korrektur angebracht werden."

Von einigen Vertretern der Auffassung, die sich auf die protestatio beruft, wird erkannt, daß eine Willenserklärung nicht vorliegt. Sie formulieren deswegen anders: Der auf dem Prinzip von Treu und Glauben beruhende Grundsatz von der Unbeachtlichkeit der protestatio facto contraria berechtige dazu, "dem schlüssigen Verhalten ohne Rechtsfolgewillen die Wirkung einer Willenserklärung beizulegen"⁸⁶⁾.

Aber hier bleibt unerklärt, warum ein schlüssiges Verhalten vorliegen kann, wenn der Betreffende klar erklärt, er wolle keinen Vertrag abschließen. Das Gesamtverhalten des Betreffenden ist gerade nicht schlüssig.

Die Aussage, es liege zwar keine Willenserklärung vor, man lege aber dem Verhalten die Wirkung einer solchen bei, zeigt, daß hier der Boden der Rechtsgeschäftslehre verlassen ist und in Wahrheit, wenn auch unter Beibehaltung der herkömmlichen Formulierungen, ein gesetzliches Schuldverhältnis akzeptiert wird, welches an das tatsächliche Verhalten, nämlich die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung anknüpft. Die Kritik, welche vor allem von Larenz⁸⁷⁾ dagegen vorgebracht wurde, ist in diesem Punkt berechtigt.

Die innere Widersprüchlichkeit der Lehre von der protestatio facto contraria, welche an der herkömmlichen Dogmatik des Vertragsschlusses durch zwei korrespondierende Willenserklärungen festhalten will, andererseits aber Verhaltensweisen als Willenserklärungen behandelt, die eindeutig keine sind, macht sie unakzeptabel⁸⁸⁾. "Die Lehre vom Rechtsgeschäft beruht nun einmal darauf, daß endgültig nur der verpflichtet wird,

86) so Enneccerus-Nipperdey, § 163 VII 3 a (S.1017, Anm.63).

87) "Wo aber eine Rechtsfolge eintreten soll, obwohl der gegen-
teilige Wille ausdrücklich erklärt worden ist, läßt sich
ihr Eintritt nicht mehr auf ein Rechtsgeschäft zurück-
führen." So Larenz, NJW 56,1899; vgl. auch Schuldrecht I,
9.Aufl., S.34; DRiZ 58,247; Schreiber, NJW 68,627; Teichmann,
Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S.294 ff.,
insbes. S.304 f.

88) Bydlinski, S.155 f., weist zu Recht darauf hin, daß der
Satz von der Unbeachtlichkeit der protestatio facto
contraria nicht in die Rechtsgeschäftslehre paßt.

der sich auch verpflichten will, und wenn sich jemand eindeutig nicht verpflichten will, dann kann man innerhalb dieser Lehre auf keinem wie immer gearteten Weg dahin gelangen, ihn doch für verpflichtet zu erklären."⁸⁹⁾

Nach der klassischen Vertragslehre ist somit kein Vertragsverhältnis zustande gekommen. Daraus folgt noch nicht, daß die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bzw. vom sozialtypischen Verhalten heranzuziehen sei.

Denn es ist vorher zu klären, zu welchen Ergebnissen die Anwendung außervertraglichen Rechtes führt. In Betracht kommt namentlich das Bereicherungsrecht. An seiner grundsätzlichen Anwendbarkeit ist nicht zu zweifeln, da die Benutzung des Abstellplatzes mangels eines Vertragsverhältnisses ohne rechtlichen Grund erfolgt ist⁹⁰⁾.

Es handelt sich um einen Fall der Eingriffskondiktion, nicht um einen solchen der Leistungskondiktion⁹¹⁾, da der Unternehmer einem Benutzer, der sich von vornherein weigert, ein Entgelt zu zahlen, nicht freiwillig einen Abstellplatz zur Verfügung stellt.

Entgegen der Annahme Schreibers⁹²⁾ steht einem Bereicherungsanspruch nicht im Weg, daß der Unternehmer durch die unbefugte Benutzung des Parkplatzes nicht notwendig eine Vermögensminderung erleidet. In Rechtsprechung und Literatur hat sich allgemein die Einsicht durchgesetzt, daß die Eingriffs-

89) so Gudian, JZ 67,307.

90) Vgl. Blomeyer, MDR 57,153; Fikentscher, S.61. Widersprüchlich erscheint die Ansicht, die neben Ansprüchen aus Vertrag auch solche aus ungerechtfertigter Bereicherung geben will (so Lehmann-Hübner, S.156; Lehmann, NJW 58,5; Enneccerus-Nipperdey, S.1077). Denn wenn ein Vertragsverhältnis zustandegekommen ist, so bildet dieses den rechtlichen Grund für die Benutzung des Abstellplatzes. Liegt aber ein rechtlicher Grund vor, so ist der Tatbestand des § 812 Abs.1 BGB nicht erfüllt. Der Entgeltsanspruch läßt sich daher nur auf Vertrag (rechtfertigender Grund) oder auf Bereicherung (Fehlen eines rechtfertigenden Grundes) stützen, wobei das "oder" im ausschließenden Sinn zu verstehen ist.

91) So auch Mestmäcker, JZ 64,444.

92) Schreiber, NJW 68,623.

kondition Entreichung des Kondiktionsgläubigers nicht voraussetzt⁹³⁾. Zweck der Eingriffskondition ist nicht der Ausgleich einer Vermögensminderung des Gläubigers, sondern eine Abschöpfung des unberechtigten Vermögensvorteils des Schuldners⁹⁴⁾.

Das Merkmal "auf dessen Kosten" in § 812 BGB wird vielmehr so verstanden, daß ein rechtswidriges Handeln gegenüber dem Bereicherungsgläubiger vorliegen müsse (sog. Eingriffstheorie)⁹⁵⁾, oder daß ein Eingriff in den "Zuweisungsgehalt" eines fremden Rechtes vorliegen müsse (sog. Zuweisungstheorie)⁹⁶⁾.

Welcher dieser Theorien zu folgen ist, kann hier dahinstehen: Die Erfordernisse beider Theorien sind erfüllt. Das Abstellen des Fahrzeugs durch den unberechtigten Benutzer ist rechtswidrig. Es geschieht unter Verstoß gegen das Eigentum oder zumindest das Besitzrecht des Unternehmers und stellt einen Eingriff in deren Zuweisungsgehalt dar. Der Absteller zieht den Nutzen aus Investitionen, die der Unternehmer getroffen hat. Er parkt somit "auf Kosten" des Unternehmers.

Die weitere Frage ist, was der unberechtigte Benutzer "erlangt" hat. Nach Ansicht des BGH soll die Bereicherung davon abhängen, wieviel Treibstoff verbraucht und wieviel Zeit aufgewendet werden müsse, um bei Beginn und Beendigung des Parkens einen geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche auszusuchen⁹⁷⁾.

93) Vgl. Soergel-Mühl, § 812, RandNr.39; Batsch, S.57 ff.; Jakobs, S.61 ff.; Kellmann, S.104; Haines, S.45 ff.; Kleinheyer, JZ 61,473,475; 70,471; Esser II, 4.Aufl., § 10 I 1 (S.363).

94) allgemeine Meinung, vgl. BGHZ 17,239; 80,355; Kleinheyer, JZ 70,471; Esser 104 I: "Wir haben es mit Bereicherungsrecht und nicht mit Entreichungsrecht zu tun"; Haines, S.102, Larenz, S.68; Caemmerer, Festschrift für Rabel I,358.

95) Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929/1958, S.421; Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1934; v.Caemmerer, S.352; Larenz, Schuldrecht II, S.68.

96) F.Schulz, AcP 105,478 f.; Enneccerus-Lehmann, § 222 II, S.890; Jakobs, S.50 ff.

97) BGHZ 21,336.

Der BGH stellt also auf die Ersparnis des unberechtigten Benutzers ab.

Diese Ansicht des BGH ist mit Recht kritisiert worden⁹⁸⁾. Folgerichtig weitergedacht, führt sie nämlich dazu, die Bereicherung des Benutzers völlig entfallen zu lassen, wenn er gleich in der Nähe einen unentgeltlichen Parkplatz hätte erhalten können. Im Ergebnis läßt der BGH damit aber einen Einwand zu, der anerkanntermaßen unzulässig ist und auch vom RG⁹⁹⁾ und vom BGH¹⁰⁰⁾ an anderer Stelle als unzulässig behandelt wurde: Den Einwand, der Benutzer hätte sich anderweitig behelfen können.

Ein weiteres Bedenken, daß gegen die Ansicht des BGH anzumelden ist, geht dahin, daß die Höhe des Bereicherungsanspruches von Zufälligkeiten abhängen würde. Wäre ein unentgeltlicher Parkplatz in der Nähe ohne weiteres zu finden, würde der Anspruch entfallen. Wäre der nächste Parkplatz weit entfernt, so würde u.U. der Bereicherungsanspruch das bei Vertragsschluß zahlbare Parkentgelt weit übersteigen.

Schließlich ist die Ansicht des BGH, wie er auch selbst zugeibt, unpraktikabel, da sich die genaue Höhe der Bereicherung praktisch nicht ermitteln läßt.

Es ist daher schon vom Ergebnis her die Ansicht vorzuziehen, daß "erlangt" nicht die Ersparung von Aufwendungen, sondern der Gebrauch des Abstellplatzes selbst wird. Diese Auffassung läßt sich auch mit dem Wortlaut des Gesetzes besser vereinbaren als diejenige, die annimmt, "erlangt" sei die Ersparnis. Denn Ausgaben kann man eben nur ersparen, weil man etwas erlangt hat, wofür man sie hätte machen müssen. Dieses letztere ist daher das "Erlangte" ¹⁰¹⁾.

98) Blomeyer, MDR 57,153; Kellmann, S.128.

99) RGZ 97,312.

100) BGHZ 20,275; 22,400.

101) so auch Kleinheyer, JZ 61,474; Batsch, S.44; Koppensteiner, NJW 71,1774; Ostendorf, S.26.

Für die Höhe des Bereicherungsanspruches ist auszugehen vom Wert der erlangten Parkmöglichkeit. Hierfür bietet das im Fall eines Vertragsabschlusses zahlbare Entgelt einen Anhaltspunkt, ebenso wie die in der Umgebung geforderten Entgelte. Gegen eine generelle Gleichsetzung der Bereicherung mit der Höhe des bei Vertragsabschlusses zahlbaren Entgelts bestehen jedoch Bedenken¹⁰²⁾.

Denn es ist zu berücksichtigen, daß das Entgelt für die vollen vertraglichen Leistungen des Unternehmers verlangt und gezahlt wird, zu denen nicht nur die Überlassung eines Abstellplatzes, sondern u.U. auch die Übernahme von Obhut, die Gewährung von Versicherungsschutz und die Verantwortlichkeit für die Verletzung dieser Pflichten auch durch Gehilfen (§ 278 BGB) gehören. Von diesen Leistungen und Leistungspflichten, welche alle im Preis mit einkalkuliert sind, kommen dem widerrechtlichen Benutzer nicht immer alle zugute, da sie zum Teil den Abschluß eines wirksamen Vertrages voraussetzen¹⁰³⁾. Es ist daher zu differenzieren: Besteht die Leistung des Unternehmers nur in der Überlassung eines Abstellplatzes, so hat sich der Benutzer ohne Rechtsgrund die volle Leistung verschafft. Der Bereicherungsanspruch ist dann in Höhe des Tarifes oder des üblicherweise bei Vertragsabschluß an den Unternehmer zu zahlenden Entgeltes gerechtfertigt¹⁰⁴⁾. Besteht die Leistung des Unternehmers aber zusätzlich in der Gewährung von Obhut, Versicherungsschutz etc., so ist der Anspruch etwas niedriger als Tarif oder übliches Entgelt anzusetzen, da diese Leistungen im Entgelt mit einkalkuliert sind, der Benutzer sie aber nicht erlangt hat¹⁰⁵⁾.

102) so aber Gudian, JZ 67,307.

103) unzutreffend daher Fikentscher, S.69: Der Parkende sei auch um die Versicherung und alle sonstigen Vorteile des vertragsmäßig Parkenden bereichert.

104) vgl. BGH NJW 71,610 (Flugreisefall).

105) Ähnlich nur Bydlinski, S.100: der Anspruch sei etwas niedriger anzusetzen wegen Wegfall der Gehilfenhaftung; siehe auch S.10.

Auf den Wegfall der Bereicherung kann sich der Benutzer nicht berufen. Denn er hat den Gebrauch erlangt, und darin besteht eine Bereicherung. Diese kann nachträglich nicht mehr wegfallen¹⁰⁶⁾.

Es zeigt sich somit, daß das Bereicherungsrecht eine angemessene und flexible Lösung bietet¹⁰⁷⁾. Damit ist für die Anwendung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen und von den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten auch für den Fall der Inanspruchnahme eines Abstellplatzes unter gleichzeitiger Erklärung, keinen Vertrag schließen zu wollen, kein Raum.

3. Inanspruchnahme eines Abstellplatzes bei Abwesenheit des Personals

Es kommt nicht selten vor, daß ein Kraftfahrer während der Betriebszeit eines entgeltspflichtigen Parkplatzes sein Fahrzeug auf diesem abstellt, während das Personal abwesend ist. Es stellt sich hier die Frage, ob und wann nach der herkömmlichen Dogmatik ein Vertrag zustandekommt oder außervertragliche Ansprüche entstehen.

Zweckmäßigerweise unterscheidet man hier zwei Fallgruppen: Der Benutzer kennt die Gebührenpflichtigkeit oder er kennt sie nicht.

1. Fallgruppe: Der Benutzer kennt die Entgeltspflichtigkeit

Stellt der Benutzer sein Fahrzeug auf einem erkennbar entgeltspflichtigen Parkplatz ab, kennt er die Entgeltspflicht, und

106) so Batsch, S.114; Medicus, NJW 70, S.666; Koppensteiner, NJW 71, S.1174 Fußnote 66; a.M. Lieb, NJW 71, S.1292.

107) Daneben kommen auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Verletzung von Besitz, Eigentum, Gewerbebetrieb; Hausfriedensbruch) in Betracht; vgl. BGHZ 21,337. Sie sollen hier nicht weiter verfolgt werden. Kritisch zur Schadensberechnungsmethode des BGH Wieacker, Festschrift OLG Celle, S.267 f.

entfernt er sich unter Zurücklassung des Fahrzeuges, so kann diesem Verhalten nach zutreffender h.M. ein auf Abschluß eines Abstellvertrages zu den üblichen Bedingungen des Unternehmers gerichteter Bindungswille entnommen werden¹⁰⁸⁾.

Im Gegensatz zur h.M. ist aber festzustellen, daß es sich um ein Vertragsangebot des Benutzers, nicht aber um eine Vertragsannahme handelt. Wie fehlerhaft die These der h.M. ist, bereits das Eröffnen des Parkplatzes sei eine Willenserklärung des Unternehmers, zeigt sich hier besonders deutlich. Folgt man der h.M., so würde mit dem Abstellen und Zurücklassen des Fahrzeuges ein Abstellvertrag zustandekommen, aus welchem der Unternehmer seine üblichen vertraglichen Leistungen schulden würde und für Pflichtverletzungen einzustehen hätte, obwohl er von der Tatsache des Abstellens gar keine Kenntnis erlangt hätte. Es braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß kein Unternehmer den Willen hat, sich auf solche für ihn unüberschaubare Bindungen einzulassen. Hinzu kommt, daß der Unternehmer in diesen Fällen nicht mit dem Eingreifen von Versicherungsschutz rechnen kann, da die Versicherungsbedingungen, wie erwähnt, diesen vom Lösen eines Parkscheins abhängig machen.

Fraglich ist, wann dem Unternehmer das Angebot zugeht. Zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und nach den Umständen zu erwarten ist, daß er von ihr Kenntnis nimmt¹⁰⁹⁾. Diese Situation ist bei

108) vgl. Blomeyer, MDR 57,153; Enneccerus-Nipperdey, MDR 57,153; Enneccerus-Nipperdey, S.1016; Lehmann-Hübner, S.155; Siebert, S.21; Flume, S.100; Erman-Hefermehl, vor § 145, RandNr.60; Staudinger-Weber, E 39 vor § 241; Soergel-Lange, vor § 145, RandNr.118; Bydlinski, S.89; Gudian, JZ 67,304.

Zumeist wird die Willenserklärung im "Abstellen" des Fahrzeuges erblickt, jedoch nicht näher erklärt, was darunter zu verstehen sein soll. Man wird nicht fehl gehen, wenn man diesen Ausdruck im Sinne von "Abstellen und Stehenlassen" versteht, da ja erst das Stehenlassen die eigentliche Benutzungshandlung darstellt, während das Abstellen eine notwendige Vorbereitungshandlung ist.

109) Palandt-Heinrichs, § 130, Anm. 1 b.

Rückkehr des Unternehmers oder seines Personals auf den Parkplatz oder in das Parkgebäude gegeben. Erst dann können diese Personen feststellen, daß das Fahrzeug des Benutzers abgestellt ist und daraus seinen Bindungswillen entnehmen.

Zur Annahme des Vertragsangebotes bedarf es einer Annahmehandlung nach § 151 BGB, etwa das Befestigen eines Nummernzettels an dem Fahrzeug. Die Annahme steht im Belieben des Unternehmers. Lehnt er sie ab, so kommt kein Vertrag zustande, es entstehen vielmehr Bereicherungsansprüche, nicht anders als im Fall einer protestatio.

2. Fallgruppe: Der Benutzer kennt die Entgeltspflichtigkeit nicht

Kennt der Benutzer die Entgeltspflichtigkeit nicht, so ist zu unterscheiden: War die Entgeltspflichtigkeit objektiv nicht erkennbar, weil kein entsprechender Hinweis-Schild, Anschlag etc.- vorhanden ist, so kann das Verhalten des Benutzers nicht als Vertragsantrag aufgefaßt werden, da keine äußeren Umstände vorliegen, die es erlauben, seinem Verhalten einen Bindungswillen zu entnehmen. Es fehlt schon am äußeren Tatbestand einer Erklärungshandlung.

Weniger klar ist die Lage, wenn die Entgeltspflichtigkeit erkennbar war. Dann liegt zwar der äußere Tatbestand einer Willenserklärung vor, da den Willen zum Abschluß eines Abstellvertrages zu haben pflegt, wer sein Fahrzeug auf einem erkennbar "gebührenpflichtigen" Parkplatz aufstellt und stehen läßt. Wie aber steht es mit dem inneren Tatbestand?

Hier ist daran zu erinnern, daß über die Anforderungen, welche an den inneren Tatbestand einer Willenserklärung zu stellen sind, Streit besteht.

Zwar ist man sich darüber einig, daß ein Handlungswille gegeben sein muß. Die Meinungen gehen aber auseinander in der Frage, ob auch ein sog. "Erklärungsbewußtsein", d.h. das

Bewußtsein, durch die Handlung einen irgendwie gearteten rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck zu bringen, vorliegen muß. Die wohl h.M. nimmt dies an¹¹⁰⁾. Eine abweichende Auffassung - vor allem von Larenz vertreten - fragt nicht nach dem Geschäftswillen als konkretem psychischem Faktum, sondern danach, wie das Verhalten objektiv verstanden werden kann¹¹¹⁾.

Der Streit ist für den hier behandelten Sachverhalt von Bedeutung, da es dem Absteller am Erklärungsbewußtsein fehlt: Er glaubt, sein Fahrzeug an einem Ort abgestellt zu haben, wo das Parken nichts kostet. Nach der h.M. ist in diesem Fall eine Willenserklärung nicht gegeben, nach der Gegenmeinung liegt eine solche vor.

Nimmt man mit der Gegenmeinung eine Willenserklärung an, so fragt sich, ob der Benutzer diese wegen Irrtums anfechten kann. Willenserklärungen des Massenverkehrs im Bereich der Daseinsvorsorge sollen nach Auffassung verschiedener Anhänger der herkömmlichen Dogmatik nicht wegen Irrtums anfechtbar sein¹¹²⁾. Zur Begründung wird einmal der Gesichtspunkt herangezogen, daß eine Anfechtung unbillig sei, wenn der Unternehmer seine Leistung bereits erbracht habe¹¹³⁾. Zum anderen soll eine Irrtumsanfechtung auch deshalb ausgeschlossen sein, weil "das Vertrauen der beteiligten Verkehrskreise auf den sozialtypischen Erklärungswert ... des Parkens auf einem überwachten und parkgeldpflichtigen Parkplatz" dadurch geschützt werden müsse, daß dem Handelnden die Berufung auf einen vom äußeren Vertrauenstatbestand abweichenden inneren Willen nicht ge-

110) vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 4 (S.904), auch Fußnote 126; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 34 III 1 b; Wieacker, JZ 67,389; RGZ 68,401; 118,336; 158,44; Götz, S.62 ff.

111) vgl. Larenz, Allg. Teil § 19 II; Auslegung, S.82 ff.; ferner Soergel-Hefermehl, vor § 116, Anm.6 und 7; Erman-Hefermehl, vor § 145, RandNr.62.

112) vgl. Lehmann-Hübner, S.156; Siebert, S.30 ff.; Erman-Hefermehl, RandNr.62.

113) so Lehmann-Hübner, S.156.

stattet werde¹¹⁴⁾. Nivellierung und Typisierung seien Ausdruck der Aufhebung des Willensmomentes. Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle schließe eine Berücksichtigung des Einzelwillens aus¹¹⁵⁾.

Diese Meinung ist abzulehnen. Wieacker ist darin zu folgen, wenn er bemerkt, daß "kein spezifischer Vorrang der Interessen an erleichterter Abwicklung oder Kalkulation gegenüber der Erwartungsenttäuschung des sozial schwächeren Abnehmers" bestehe¹¹⁶⁾.

In der Tat ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet bei Verträgen über Leistungen des Massenverkehrs der Abnehmer schlechter gestellt werden soll als bei anderen Verträgen. Weder die rasche Abwicklung der Geschäfte des Massenverkehrs noch das Interesse an Typisierung und Nivellierung, die Leistungserbringung und Kalkulation erleichtern, sind Werte, die es rechtfertigen, den Willen des Einzelnen völlig unberücksichtigt zu lassen und die ausgewogene Regelung des BGB zu vernachlässigen. Das folgt aus den Wertmaßstäben des Grundgesetzes, die auch bei Auslegung des Zivilrechtes Geltung haben. Den genannten Werten steht als wichtigerer Wert die Menschenwürde gegenüber, deren Unantastbarkeit es verbietet, den Einzelnen zum Objekt technischer Abläufe und unternehmerischer Interessen zu degradieren und es gebietet, seine Selbstbestimmung zu respektieren¹¹⁷⁾. Diese Prinzipien sind in einer Zeit rapider Bevölkerungszunahme und fortschreitender Technisierung und Automatisierung in ihrer Wirksamkeit besonders bedroht und daher

114) Siebert, S.31.

115) vgl. Siebert, S.32.

116) Wieacker, Festschrift OLG Celle, S.282; ablehnend auch Soergel-Lange, vor § 145, RandNr.120; Fikentscher, S.61; Flume, S.100;
Kritisch zur "Theorie der vorgeplanten Erwartung im Bereich der modernen Rechtsgeschäfte" Ellinghaus, S.68 ff.

117) vgl. Dürig, in Maunz-Dürig, Art.1 GG, Anm.28:
"Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird."

besonders zu beachten¹¹⁸⁾.

Eine solche Bedrohung liegt der Tendenz nach auch vor, wenn man den Einzelnen unter Berufung auf die Notwendigkeit reibungsloser Abwicklung des Verkehrs ohne Rücksicht auf seinen inneren Willen an seinem äußeren Verhalten festhält. Man gewährt dann der Selbstbestimmung nicht den Raum, der ihr zusteht.

Dies gilt umsomehr, als der Ausschluß der Anfechtung vom Verkehrsinteresse her auch gar nicht erforderlich ist. Zahlenmäßig wie auch umsatzmäßig wird bei den Schuldverhältnissen des Massenverkehrs die Irrtumsanfechtung ohnehin eine verschwindend seltene Ausnahme sein. In diesen wenigen Fällen sind die Unternehmer in ihrem Vertrauen auf den Bestand der Willenserklärung nach geltendem Recht gegen die Folgen der Anfechtung hinreichend geschützt: Zum einen ist zu bedenken, daß nach § 119 Abs.1 BGB die Anfechtung nur wirksam ist, wenn anzunehmen ist, daß der Benutzer sein Fahrzeug "bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" nicht abgestellt hätte, was er zu beweisen hat¹¹⁹⁾. Weiterhin tritt die Schadensersatzpflicht des § 122 BGB ein. Soweit der Unternehmer seine Leistung bereits erbracht hat, greifen drittens Bereicherungsansprüche ein.

Dieser Schutz des Unternehmers ist ausreichend. Für eine Einschränkung der Irrtumsanfechtung besteht daher keine Notwendigkeit¹²¹⁾. Abgesehen davon wäre auch nicht einzusehen, warum das Vertrauen des Massenverkehr-Unternehmers mehr schutzwürdig

118) vgl. BVerfGE 7,198 ff. ("Lüth - Urteil").

119) vgl. Palandt-Danckelmann/Heinrichs, § 119, Anm.6.

120) Für analoge Anwendung von § 122 BGB bei fehlendem Erklärungsbewußtsein: Palandt/Heinrichs, § 116, Anm.3; Erman-Westermann, § 122, RandNr.1, Wieacker, JZ 67,389.

Für Haftung aus culpa in contrahendo (Verschuldenshaftung): Enneccerus-Nipperdey, § 145 II, Fußnote 26 a.E.; Lehmann-Hübner, § 34 II 1 b.

sein soll als das eines anderen Erklärungsempfängers. Beim Massenverkehr handelt es sich in der Regel um geringe Beträge, anders als bei individuell ausgehandelten Verträgen. Das Vertrauen des Erklärungsempfängers des Massenverkehrs ist daher eher geringer als höher zu bewerten als das des Empfängers einer Individualerklärung, der in seinem Vertrauen auf den Bestand der Willenserklärung gleichfalls nicht absolut gegen Anfechtung geschützt ist, ohne daß daran in der Rechtslehre Anstoß genommen würde.

Lehnt man mit der h.M. das Vorliegen einer Willenserklärung ab, so kommt kein Vertrag zustande. Auch hier entstehen Bereicherungsansprüche. Ferner entsteht ein Ersatzanspruch aus entsprechender Anwendung des § 122 BGB oder aus culpa in contrahendo¹²⁰⁾.

Es zeigt sich, daß die praktischen Unterschiede in den Lösungen nicht sehr beträchtlich sind¹²²⁾. In beiden Fällen entstehen Ansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens und Herausgabe der Bereicherung, nur ist im ersten Fall eine Anfechtungserklärung erforderlich, im zweiten nicht.

Auch für den Fall der Inanspruchnahme eines Abstellplatzes in Abwesenheit des Personals bietet somit die klassische Dogmatik eine angemessene und praktikable Lösung. Für die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen besteht daher auch in diesem Fall kein Bedarf.

121) Abzulehnen ist auch die Meinung von Ellinghaus, S.95 ff., der bei Massengeschäften nur den "spontan nachweisbaren" Irrtum als Anfechtungsgrund zulassen will. Für eine solche Einschränkung des § 119 besteht kein Bedürfnis. Den Anfechtenden trifft sowieso die Beweislast für das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. Wenn er seinen Irrtum, auch auf nicht spontane Weise - glaubhaft nachweisen kann, dann ist nicht einzusehen, warum ihm die Anfechtung verwehrt sein soll.

122) Ähnlich festgestellt von Wieacker, JZ 67,389.

4. Die "heimliche" Inanspruchnahme eines Abstellplatzes

Wer sein Fahrzeug "heimlich" abstellt, d.h. zwar in Anwesenheit des Personals, aber von diesem unbemerkt, legt kein Verhalten an den Tag, aus dem auf einen vertraglichen Bindungswillen geschlossen werden könnte¹²³⁾. Aus dem Verhalten ergibt sich im Gegenteil unmißverständlich, daß sich der Benutzer der Bezahlung entziehen will, nicht anders, als der Dieb im Selbstbedienungsladen oder der Besucher einer Veranstaltung, der sich ohne Kartenkauf durch die Sperre "schwindelt".

Die Lösung des Falles nach der herkömmlichen Dogmatik gleicht somit der hier vertretenen Lösung des protestatio-Falles: Es entstehen Bereicherungsansprüche, ferner Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

Diese Lösung ist interessengemäß. Auch hier würde die Annahme eines Vertragsschlusses bedeuten, daß für den Unternehmer vertragliche Pflichten entstehen, obwohl der Unternehmer weder den Willen hat, mit heimlichen Abstellern zu kontrahieren, noch dies seinem Interesse entspricht. Für die Anwendung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten besteht daher kein Bedürfnis.

5. Die Inanspruchnahme eines Abstellplatzes durch einen minderjährigen Benutzer

Es ist ein alltägliches Vorkommnis, daß ein Minderjähriger ein Kraftfahrzeug auf einem Parkplatz oder in einem Park-

123) Für den Fall des heimlichen Stromabzapfens wird eine Willenserklärung abgelehnt von Fikentscher, S.66; Bydlinski, S.95. Ablehnend gegenüber der Annahme eines faktischen Vertrages bei ertäuschten oder abgenötigten Leistungsbeziehungen auch Wieacker, Festschrift für das OLG Celle, S.281; Kellmann, NJW 71,268. Auch Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S.32 f. will in dem Fall des blinden Passagiers oder des heimlichen Stromabzapfens nur nach Delikt und Bereicherung abwickeln, da ein einseitiger Eingriff in die geschützte Rechtsstellung eines anderen vorliege.

gebäude abstellt und das geforderte Entgelt entrichtet.

Fraglich ist, ob in einem solchen Fall¹²⁴⁾ ein rechtswirksamer Abstellvertrag zustandekommt. Dies hängt davon ab, ob die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, insbesondere die §§ 106 ff. BGB auch für den Abschluß des Kraftfahrzeugabstellvertrages gelten, und wenn dies der Fall ist, ob Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters vorliegt, §§ 107, 108 BGB.

Die Vertreter der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bzw. vom sozialtypischen Verhalten wollen für Rechtsgeschäfte des Massenverkehrs im Bereich der Daseinsvorsorge die Geschäftsfähigkeitsregeln nicht oder nicht uneingeschränkt anwenden. So will Haupt auf den Einzelfall abstellen; für die Straßenbahnfahrt lehnt er die Geltung der Geschäftsfähigkeitsvorschriften ab, weil es mit der glatten Abwicklung des Massenverkehrs unvereinbar sei, jeweils die Geschäftsfähigkeit des Einsteigenden festzustellen¹²⁵⁾. Larenz hat die Ansicht vertreten, für die Annahme eines Vertragsangebotes durch sozialtypisches Verhalten brauche man Geschäftsfähigkeit nicht zu fordern. Die tatsächliche Urteilsfähigkeit in Bezug auf die verkehrsmäßige Bedeutung des Handelns müsse genügen¹²⁶⁾. Simitis will aus der "Verdinglichung" der Beziehungen zwischen Unternehmer und Versorgungsbedürftigen folgern, daß es unbeachtlich sei, wenn letzterer nicht geschäftsfähig sei^{126a)}.

Anders als die Genannten versucht Merkel - gleichfalls ein Vertreter der Lehre vom sozialtypischen Verhalten¹²⁷⁾ - eine gesetzskonforme Lösung durch Anwendung der Lehre vom Generalkonsens zu bieten. Der gesetzliche Vertreter, der den Minder-

124) Die Fälle der Geschäftsunfähigkeit und der aus anderen Gründen als Minderjährigkeit beschränkten Geschäftsfähigkeit werden nicht behandelt, da sie für den Abstellvertrag kaum Bedeutung erlangen.

125) Haupt, S.31; ebenso Betti, Festschrift für Lehmann I, S.267.

126) Allg. Teil des BGB, 1. Aufl., § 34 II (S.514); Larenz hat diese Ansicht nunmehr aufgegeben, vgl. 2. Aufl., § 28 II; vgl. auch LG Bremen, NJW 66, 2360 (Straßenbahnfahrt eines Minderjährigen).

126a) Die faktischen Vertragsverhältnisse, S.529.

127) Merkel, S.88.

jährigen am öffentlichen Verkehr teilnehmen lasse, erteile ihm die konkludente Zustimmung zu den Vertragsschlüssen, die die Teilnahme mit sich bringe.

Die Anhänger der herkömmlichen Dogmatik stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, daß die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auch im Massenverkehr gelten, da der Vorrang des Minderjährigenschutzes absolut sei¹²⁸⁾.

Dieser letzteren Meinung ist zu folgen. Die Nichtanwendung der zwingenden Vorschriften der §§ 106 ff. BGB ist nicht zu rechtfertigen. Es besteht weder eine Gesetzeslücke noch führt die Anwendung der §§ 106 ff. BGB zu unerträglichen Ergebnissen.

Zur Annahme einer Gesetzeslücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes wäre der Nachweis erforderlich, daß der Gesetzgeber in bezug auf die Rechtsgeschäfte des Massenverkehrs der Daseinsvorsorge eine besondere Regelung der Geschäftsfähigkeit getroffen hätte, wenn er bei Schaffung der Geschäftsfähigkeitsregeln an diese gedacht hätte.

Ein solcher Nachweis ist aber nicht zu erbringen. Massengeschäfte im Bereich der Daseinsvorsorge sind nur ein Teil der Massengeschäfte des Alltags, die sich durch rasche Abwicklung, geringes Entgelt und Barzahlung auszeichnen. Die Besonderheit der Daseinsvorsorge-Massengeschäfte besteht nur in der Art der Gegenleistung.

Massengeschäfte des Alltags aber waren auch bei Erlass des BGB eine vertraute Erscheinung. Es kann daher nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber für die Daseinsvorsorge-Massengeschäfte eine besondere Regelung der Geschäftsfähigkeit getroffen haben würde. Die Besonderheit der Gegenleistung bei

128) vgl. Wieacker, Festschrift für das OLG Celle, S.280; Gudian, JZ 67,308; Siebert, S.36; Soergel-Lange, § 145, Anm.122; Erman-Hefermehl, vor § 145, Anm.V 3 a.E.; Esser, § 23,2; Lehmann-Hübner, S.156; Palandt-Heinrichs, vor § 145, Anm.3 a; vgl. ferner Medicus, NJW 67,354; Metzger, NJW 67,1740; Berg, MDR 67,448 (zum Urteil des LG Bremen, NJW 66,2360); nunmehr auch Larenz, Allg.Teil, § 28 II.

den Daseinsvorsorge-Massengeschäften mag bei Erlass des BGB nicht so sehr im Vordergrund gestanden haben. Das ist aber unerheblich, da diese Besonderheit keine besondere Regelung der Geschäftsfähigkeit rechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, wo zwischen Daseinsvorsorge-Massengeschäften, wie etwa der Straßenbahnfahrt oder der Parkplatzbenutzung einerseits, und sonstigen Massengeschäften, wie dem Kauf einer Zeitung, der Benutzung eines Zigattenautomaten, dem Eintritt zu einer großen Sportveranstaltung oder einer Filmvorführung - welche zweifellos nicht in den Bereich der Daseinsvorsorge fallen - ein Unterschied liegen soll, der eine unterschiedliche Regelung der Geschäftsfähigkeit rechtfertigen könnte¹²⁹⁾.

Die geltende Regelung der Geschäftsfähigkeit führt auch weder bei den Massengeschäften der Daseinsvorsorge noch bei sonstigen Massengeschäften des Alltags zu unerträglichen Ergebnissen. Die meisten dieser Geschäfte fallen ohnehin unter den "Taschengeldparagraphen" § 110 BGB. Ist der Vertrag unwirksam, so greifen Bereicherungsansprüche ein¹³⁰⁾.

Für den Kraftfahrzeugabstellvertrag bietet zudem die von Wieacker erwähnte¹³¹⁾ und von Merkel herangezogene Lehre vom Generalkonsens eine angemessene Lösung:

Der Generalkonsens, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen zum Abschluß einer unbestimmten Anzahl von näher bestimmten Rechtsgeschäften, wird allgemein als zulässig angesehen¹³²⁾.

129) Es trifft zu, wenn Haupt bemerkt (S.31 f.), daß dem Mangel der Geschäftsfähigkeit im Alltag keine Bedeutung beigemessen wird. Das kann aber nicht dazu führen, nur für die Daseinsvorsorge-Massengeschäfte eine abweichende Regelung der Geschäftsfähigkeit zu fordern. Das Problem betrifft vielmehr alle Bargeschäfte des Alltags. Wenn also eine Reform zu fordern ist, dann einheitlich für alle diese Geschäfte.

130) Mit der abgestuften Lösung der §§ 819, 827, 828 BGB, vgl. Fikentscher, S.61.

131) Wieacker, Festschrift für das OLG Celle, S.280.

132) vgl. Palandt-Heinrichs, § 107, Anm.3; Erman-Westermann, § 107, RandNr.7; Soergel-Hefermehl, § 107, Anm.9; Staudinger-Coing, § 107, RandNr.3; Enneccerus-Nipperdey, § 152 I 4; Merkel, S.86 f.

Es bleibt somit nur die Frage, ob und wann er einem minderjährigen Kraftfahrer erteilt wird. Die Antwort kann nur lauten: Erteilt der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Erlaubnis, ein Kraftfahrzeug zu führen, so liegt darin konkludent auch die Zustimmung zur Benutzung von Parkplätzen und Parkgebäuden gegen Entgelt, da diese Benutzung mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges regelmäßig verbunden ist. Eine andere Deutung des Verhaltens des gesetzlichen Vertreters wäre lebensfremd.

Auch im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit ist daher die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen nicht erforderlich.

6. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, daß die beim Abschluß des Kraftfahrzeugabstellvertrages auftretenden Interessenkonflikte mit der herkömmlichen Dogmatik des Vertragsschlusses befriedigend gelöst werden können. Durch die Ablehnung eines Vertragschlusses in gewissen Fällen und die Anwendung des flexibel zu handhabenden Bereicherungsrechtes werden sogar angemessenere Ergebnisse erzielt als sie bei der Annahme eines beiderseitig Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses erreicht würden.

Es besteht daher keine unabweisbare Notwendigkeit, ein Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages durch "faktisches" oder "sozialtypisches" Verhalten anzunehmen. Die Lehren von den faktischen Vertragsverhältnissen und den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten sind somit für den Kraftfahrzeugabstellvertrag ohne Bedeutung. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen Lehren ist deshalb an dieser Stelle nicht erforderlich.

Zweiter Abschnitt

Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Kraftfahrzeugabstellvertrag

Beim Betrieb von Parkplätzen, Parkhäusern und Sammelgeragen werden durchweg Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) verwendet. Bekanntgemacht werden sie durch Aushang oder Aufdruck auf den Parkschein. Häufig werden beide Formen der Bekanntmachung miteinander verbunden, indem der Parkschein auf die Geltung ausgehängter AGB verweist oder die wichtigsten Punkte der AGB in Kurzfassung enthält, während er im übrigen auf einen Aushang Bezug nimmt.

Es fragt sich, ob die auf solche Weise bekanntgemachten AGB Geltung für den einzelnen Kraftfahrzeugabstellvertrag erlangen. AGB erlangen Geltung nur durch Vereinbarung der Parteien¹³³⁾. Es müssen daher zwei sich entsprechende Willenserklärungen der vertragsschließenden Parteien vorliegen, die sich auf die Geltung der AGB erstrecken. Die Erklärung des Benutzers ist dabei gegeben, wenn dieser den Vertrag geschlossen hat und dabei wußte oder wissen mußte, daß der Unternehmer den Vertrag nur auf der Grundlage seiner AGB schließen wollte¹³⁴⁾. Denn dieses Verhalten des Benutzers stellt sich dem Unternehmer gegenüber als konkludente Zustimmung zur Geltung der AGB dar¹³⁵⁾.

133) Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 9,3; 6,146; 12,136; 17,3; 48,40; und weitaus h.M. im Schrifttum, vgl. Weber, AGB, N 195; N 227; Schmidt-Salzer, AGB, S.111ff.; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S.111 ff.; Bydlinski, S.209; Soergel-Lange, vor § 145, RandNr.86,90; Erman-Hefermehl, vor § 145, RandNr.28; Lukes, JuS 65,124.

134) vgl. BGHZ 12,142; 17,3; 41,154; 42,55.

135) Schmidt-Salzer, AGB, S.116 ff.
Dogmatisch läßt sich die Annahme einer Willenserklärung hier nur halten, wenn man auf das Erfordernis eines Erklärungsbewußtseins verzichtet und mit Larenz unter "Willenserklärung" ein Verhalten versteht, dessen objektiver und dem Erklärenden auch zurechenbarer Sinn es ist, eine Rechtsfolge in Geltung zu setzen (Larenz, BGB, Allg.Teil, § 25 I); siehe auch oben S.25. Denn wer einen Vertrag schließt und den Willen des Vertragspartners, zu den AGB abzuschließen - und damit die objektive Bedeutung der eigenen Erklärung - zwar kennen muß, aber nicht kennt, hat hinsichtlich der Geltung der AGB kein Erklärungsbewußtsein. Dies sehen auch Enneccerus-Nipperdey, die deshalb auch nicht davon ausgehen, daß eine Willenserklärung vorliegt, sondern meinen,

Dies gilt allerdings nur, wenn der Unternehmer auf seine AGB klar und deutlich verwiesen hat. Fehlt es an einem solchen Hinweis, so liegt objektiv kein wirksames Angebot des Unternehmers, die AGB in Kraft zu setzen, vor.

Nichtwiderspruch des Benutzers kann dann nicht als Zustimmung zur Geltung der AGB (Annahme des Angebotes) aufgefaßt werden¹³⁶⁾.

Eine konkludente Parteivereinbarung über die Geltung der AGB kommt somit zustande,¹³⁷⁾ wenn

- (a) der Unternehmer so klar und deutlich auf seine AGB hingewiesen hat, daß der Benutzer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Willen des Unternehmers, die AGB in Kraft zu setzen, erkennen mußte (= Angebot des Unternehmers) und
- (b) der Benutzer sich so verhalten hat, daß der Unternehmer den Nichtwiderspruch des Benutzers gegen die Geltung der AGB als Zustimmung zur Geltung der AGB verstehen durfte (= objektiver Tatbestand der Annahmeerklärung des Benutzers) und
- (c) der Benutzer wußte oder wissen mußte, daß der Unternehmer sein nichtwidersprechendes Verhalten als Zustimmung verstehen durfte (= subjektiver Tatbestand der Annahmeerklärung des Benutzers).

Diese drei Erfordernisse stehen freilich in einem Zusammenhang, der es erlaubt, sie auf die erwähnte Kurzformel zu bringen, daß die AGB Geltung erlangen, wenn der Benutzer wußte oder wissen mußte, daß der Unternehmer nur auf der Grundlage der AGB abschließen wollte: War das Verhalten des Unternehmers so, daß der Benutzer den Willen des Unternehmers, die AGB in Kraft zu setzen, erkennen mußte, dann durfte der Unternehmer

das Verhalten des Kunden werde als Willenserklärung gewertet, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 153 IV. Siehe zu der Frage ausführlich Schmidt-Salzer, AGB, S.116 ff.; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S.62 ff.; Ruhland, Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.121 ff.

136) vgl. Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 30.

137) vgl. Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 33; Weber, AGBm N 280.

den Nichtwiderspruch des Benutzers als Zustimmung auffassen und dann war der Nichtwiderspruch - regelmäßig, wenn auch nicht notwendig - dem Benutzer auch zurechenbar.

Bei Prüfung des Wirksamwerdens der AGB von Parkbetrieben genügt es daher, vom Regelfall auszugehen, daß der Benutzer nicht widerspricht, und zu fragen, ob der Unternehmer so klar und deutlich auf seine AGB hingewiesen hat, daß der Benutzer vom Einbeziehungswillen des Unternehmers Kenntnis erlangen mußte.

I. Die Einbeziehung durch Aushang

Daß der Hinweis auf AGB auch durch Aushang erfolgen kann, ist im Grundsatz anerkannt¹³⁸⁾. Es genügt allerdings nicht jeder beliebige Aushang an jedem beliebigen Platz. Vielmehr sind nach Rechtsprechung und Lehre einengende Voraussetzungen zu beachten:

(a) Der Aushang muß so angebracht sein, daß der Benutzer v o r Vertragsschluß von ihm Kenntnis nehmen kann¹³⁹⁾.

Denn andernfalls kommt der Wille des Unternehmers zur Inkraftsetzung der AGB nicht in seiner Vertragserklärung zum Ausdruck. Der Vertrag kommt dann ohne AGB zustande.

Eine einseitige nachträgliche Einbeziehung der AGB durch den Unternehmer ist nicht möglich¹⁴⁰⁾.

138) vgl. Enneccerus-Nipperdey, S.1010; Schmidt-Salzer, AGB, S.129; derselbe, NJW-Schriften 11, TZ 34; Weber, AGB, N 255; Gülleemann, NJW 72, 890; RGZ 108,86; 109,305; 113,427; BGH NJW 68,1719 (bewachter Parkplatz); OLG Freiburg, VersR 54,499; OLG Köln, VersR 64,859; LG Köln, VersR 60,111; LG Köln, NJW 70,1750.

139) Weber, AGB, N 264; Bydlinski, Privatautonomie, S.210.

140) Weber, AGB, N 255; Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 57.

(b) Nach Ansicht des BGH¹⁴¹⁾ müssen in der betreffenden Branche AGB allgemein üblich sein und die allgemeine Übung muß dem Kundenkreis bekannt sein.

Ob dieser Ansicht beizupflichten ist, kann dahinstehen, da die Voraussetzung bei Parkbetrieben jedenfalls erfüllt ist. Die Verwendung von AGB ist üblich und diese Übung ist bekannt¹⁴²⁾.

(c) Aus dem Erfordernis des klaren und deutlichen Hinweises ergibt sich, daß der Aushang u n ü b e r s e h b a r¹⁴³⁾ und d e u t l i c h l e s b a r¹⁴⁴⁾ sein muß. Der Anschlag muß dem Benutzer bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt auffallen¹⁴⁵⁾, denn der Benutzer ist nicht verpflichtet, von sich aus den Raum oder das Parkgelände nach rechtlich relevanten Aushängen abzusuchen¹⁴⁶⁾.

141) BGH, NJW 68,1719; vgl. auch LG Köln, NJW 70,1750.

142) vgl. die in Anm.141 zitierten Urteile.

143) Weber, AGB, N 255; Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 37; vgl. schon RGZ 103,86:
"Ein solcher Anschlag im Geschäftsraum kann vielmehr nur in der Richtung in Betracht kommen, ob dem einzelnen Kunden beim Abschluß Kenntnis von den Bedingungen gegeben ist. Das wird anzunehmen sein, wenn der Kunde die Kenntnis erlangen mußte, wofern er sich ihr nicht entziehen wollte."

144) BGH NJW 68,1719.

145) Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 37;
Güllemann, NJW 72,890 f.

146) Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 37.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist gewährleistet, daß der Benutzer dem Verhalten des Unternehmers dessen Willen zur Inkraftsetzung der AGB entnehmen kann. Dem BGH¹⁴⁷⁾ ist darin zu folgen, daß eines zusätzlichen Hinweises auf den Aushang der AGB auf dem Parkschein nicht bedarf.

II. Die Einbeziehung durch Aufdruck auf dem Parkschein

Werden die AGB nicht durch Aushang zum Inhalt des Einzelvertrages gemacht, so fragt sich weiter, ob der Aufdruck der AGB auf dem Parkschein zur Einbeziehung ausreicht. Dies ist zu bejahen. Wie oben ausgeführt wurde, kommt der Abstellvertrag erst mit Annahme des Parkscheines zustande. Der Abdruck der AGB auf dem Parkschein ist eine allgemein bekannte, verbreitete Übung¹⁴⁸⁾. Wenn der Benutzer daher den Parkschein annimmt, ohne sich gegen die Geltung der AGB zu verwahren, so kann der Unternehmer dieses Verhalten dahin verstehen, daß der Benutzer mit der Geltung der AGB einverstanden ist¹⁴⁹⁾.

Daß in der Praxis kaum ein Benutzer daran denkt, sich gegen die Geltung der AGB zu verwahren, kann keine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Dies ist bei AGB in allen Branchen weithin der Fall. Dem einseitigen Einfluß des Unternehmers wird von der Rechtsordnung durch eine besondere Inhaltskontrolle Rechnung getragen, die gegenüber der auf frei ausgehandelte Verträge anwendbaren Inhaltskontrolle erheblich verschärft ist¹⁵⁰⁾.

147) BGH NJW 68, 1719.

148) so auch OLG Köln, VersR 54, 859.

149) so auch AG Wuppertal, VersR 55, 572; Güllemann, NJW 72, 890.

150) siehe dazu unten, 2. Teil, 3. Abschnitt, II (S. 138 ff.).

Eine Einbeziehung der AGB bei Aufdruck auf den Parkschein wäre zu verneinen, wenn die Übergabe des Parkscheines dem Vertragsschluß erst nachfolgte¹⁵¹⁾. Der Vertrag wäre ohne AGB zustande gekommen, eine nachträgliche einseitige Einbeziehung der AGB wäre ausgeschlossen. Solche Benutzungsvorgänge kommen jedoch in der Praxis nicht vor. In dem oben erwähnten Sonderfall des Vertragsschlusses, in dem der Benutzer sein Fahrzeug in Abwesenheit des Personals abstellt und verläßt und der Unternehmer das Angebot des Benutzers durch konkludentes Handeln (§ 151 BGB) annimmt, kann der Unternehmer dem Verhalten des Benutzers dessen Einverständnis zu einem Vertragsschluß zum üblichen Preis und den üblichen Leistungen, also auch zur Geltung der AGB entnehmen. Hier kommt es auf die Übergabe des Parkscheines nicht an.

Weist der Parkschein nur auf die Geltung anderweitig einsehbarer AGB hin, so begründet dies in gleicher Weise ein Kennenmüssen des Benutzers, wie der Aufdruck der AGB unmittelbar auf dem Parkschein. Denn auch in diesem Fall ist es jedem durchschnittlich aufmerksamen Benutzer klar, daß der Unternehmer nur zu seinen AGB abschließen will¹⁵²⁾.

Sind die AGB oder die Verweisung auf diese auf der Rückseite des Parkscheines abgedruckt, ohne daß sich auf der Vorderseite ein Hinweis darauf findet, gilt auch hier, daß das für die Einbeziehung erforderliche Merkmal der klaren und deutlichen Verweisung erfüllt, wenn der rückseitige Abdruck unübersehbar war¹⁵³⁾. Wenn dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

151) siehe Fußnote 14o.

152) vgl. Schmidt-Salzer, AGB, S 127; Güllemann, NJW 72, 89o f.; Nicht zu folgen ist daher Weber, AGB, N 257: Hinweise auf die Geltung der AGB seien solange belanglos, als diese nicht gleichzeitig dem anderen Teil bekannt gegeben werden. Rechtspolitisch ist Webers Vorschlag ohne Zweifel zu begrüßen.

153) a.A. AG Hamburg, VersR 67, 1164.

III. Einbeziehung durch Branchenüblichkeit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen?

Sind auf dem Parkschein weder AGB noch ein Hinweis auf solche abgedruckt, und ist auch kein Aushang vorhanden, der die Merkmale aufweist, die ein Wissenmüssen des Benutzers um die Anwendung von AGB begründet, so stellt sich die Frage, ob eine Einbeziehung der AGB des Unternehmers bereits mit der Tatsache gerechtfertigt werden kann, daß die Verwendung von AGB in Parkbetrieben branchenüblich ist.

In der Rechtsprechung finden sich Anhaltspunkte für eine solche Auffassung¹⁵⁴⁾. Auch in der Literatur wird die Branchenüblichkeit zum Teil als Einbeziehungstatbestand angesehen¹⁵⁵⁾. So ist Raiser der Ansicht, eine Willenserklärung liege in obigem Fall nicht vor¹⁵⁶⁾, jedoch sei die Verweisung Gewohnheitsrecht¹⁵⁷⁾. Nach Enneccerus-Nipperdey wird dem Vertragspartner widerspruchloses Kontrahieren als Zustimmung zur Geltung der AGB zugerechnet, obwohl ein Geschäftswille nicht vorliege, "... wenn bestimmte Geschäftszweige üblicherweise AGB aufstellen, ihre sämtlichen Verträge nur unter den dort aufgestellten Bedingungen abschließen und der Verkehr oder zumindest der Vertragsgegner auf Grund seiner bestimmten Geschäftserfahrung oder der allgemeinen Erfahrung damit rechnen mußte, so bei Banken, Versicherungsgesellschaften, Transportunternehmen."¹⁵⁸⁾

154) vgl. BGHZ 12,139; BGH VersR 58,191; BGH WM 66,973; LG Frankfurt, MDR 56,616.

155) Schlegelberger-Hefermehl, § 346, RandNr.85,86; Erman-Hefermehl, vor § 145, RandNr.34; Möller, BB 62,395 ff.; Helm, JuS 65,124 ff.; Staudinger-Coing, vor § 145, RandNr.24.

156) Raiser, AGB, S.204.

157) Raiser, AGB, S.159.

158) Enneccerus-Nipperdey, § 163, VI 3 (S.1009 f.); vgl. auch Haberkorn, MDR 61,819.

In der neueren Literatur wird die Branchenüblichkeit der Verwendung von AGB als Einbeziehungstatbestand jedoch überwiegend abgelehnt¹⁵⁹⁾.

Eine Ausnahme wird nur als möglich angesehen, wenn es sich um für die gesamte Branche einheitliche Geschäftsbedingungen handelt¹⁶⁰⁾. Dieser Ausnahmefall kann für die hier behandelte Thematik aber keine Bedeutung erlangen, da Parkbetriebe keine einheitlichen Geschäftsbedingungen haben, und zwar weder bewachte noch unbewachte Parkplätze noch Parkhäuser noch Sammelgaragen. Auch bei den der Bewachungsverordnung unterliegenden Parkplätzen gestaltet jede Versicherungsgesellschaft Inhalt und Anordnung des Textes der Parkscheine, deren Benutzung sie den Unternehmern vorschreibt¹⁶¹⁾, nach eigenem Ermessen.

Die hier erhebliche Frage ist mithin nur die, ob die Tatsache der Branchenüblichkeit der Verwendung i r g e n d w e l c h e r AGB einen Einbeziehungstatbestand abgibt.

Die Frage ist mit der wohl h.M. in der neueren Literatur zu verneinen. Die Branchenüblichkeit könnte nur unter zwei Gesichtspunkten für die Einbeziehung von AGB Bedeutung erlangen: Sie könnte zur Begründung einer Vereinbarung führen, die auf die Geltung von AGB gerichtet ist oder sie könnte die gewohnheitsrechtliche Geltung der Verweisung auf die AGB bewirken. Eine nähere Betrachtung zeigt indessen, daß sich unter keinem dieser Gesichtspunkte eine schlüssige Begründung für eine Einbeziehungswirkung der Branchenüblichkeit der AGB-Verwendung ergibt.

159) vgl. Schmidt-Salzer, AGB, S.135 ff.; Bydlinski, Privatautonomie, S.208 ff.; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S.172; Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S.225; Sayn-Wittgenstein, AGB, S.53 ff.; Kritisch auch Gottfried Raiser, Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im deutschen und amerikanischen Recht, S.169 f.; Weber, AGB, N 284; Güllemann, NJW 72,890; Erman-Hefermehl, vor § 145, RandNr.34.

160) Schmidt-Salzer, AGB, S.137 f.

161) vgl. § 19 Abs.1 Ziff.1 der "Allgemeinen Bedingungen für die Fahrzeug- und Gepäckversicherung von Landfahrzeug-Bewachungsunternehmen: "Sofern nichts anderes vereinbart ist, ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, die für die jeweilige Fahrzeugart bestimmten Parkscheine von dem Versicherer abzunehmen..."

Die Annahme einer Vereinbarung muß daran scheitern, daß eine auf Geltung der AGB gerichtete Willenserklärung des Unternehmers nicht vorliegt¹⁶²⁾. Denn aus seinem Verhalten ergibt sich nicht der Wille, irgendwelche AGB in Kraft zu setzen. Daß die Verwendung von AGB branchenüblich ist, ändert daran nichts. Es mag dies vielleicht Anlaß zur Vermutung geben, daß der Unternehmer einen Willen zur Inkraftsetzung von AGB habe. Aber ein vermuteter Wille ist kein erklärter Wille. Eine Willenserklärung des Unternehmers ist jedoch unerläßlich, wenn die Geltung von AGB auf eine Parteivereinbarung gestützt werden soll.

Zur Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Verweisung fehlt es an der Feststellung eines "consensus omnium". Es kann nicht unterstellt werden, daß eine Regelung, nach welcher die Branchenüblichkeit der Verwendung von AGB ihre Einbeziehung in den Einzelvertrag auch ohne Hinweis begründet, auch nur die Zustimmung einer Mehrheit der Rechtsgenossen fände. Es ist eher anzunehmen, daß sich ein consensus nicht feststellen lassen wird. Dies deshalb, weil gegen den Gerechtigkeitsgehalt einer Regelung, die einen zwingenden Zusammenhang zwischen der Üblichkeit der Verwendung von AGB und deren Geltung im Einzelvertrag herstellt, schwere Bedenken bestehen. Nicht nur würde die Warn- und Schutzfunktion der ausdrücklichen Einbeziehungs-erklärung des Unternehmers aufgehoben¹⁶³⁾, da eine solche Erklärung nicht mehr nötig wäre. Der Benutzer, der vor Abschluß des Abstellvertrages wissen wollte, welche vertraglichen Rechte und Pflichten bestehen, wäre zudem auch faktisch gezwungen, von sich aus nachzuforschen, wollte er sie erfahren. Diese Nachforschung erfordert nicht nur Zeit und Mühe, sondern auch eine gewisse Zivilcourage, wie sie nicht von jedermann erwartet werden kann. Der Unternehmer andererseits, der ja vor

162) so auch Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 40; Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S.107; Bydlinski, Privatautonomie, S.225.

163) so Sayn-Wittgenstein, AGB, S.54.

allem an der Geltung der AGB interessiert ist, hätte es nicht einmal nötig, auf diese auch nur hinzuweisen. Eine solche Verteilung der Lasten wäre unhaltbar. Sie wäre noch ungünstiger als die Lastenverteilung beim Erlaß eines Gesetzes oder einer Verordnung oder Satzung - denn diese müssen immerhin an vorgeschriebener Stelle veröffentlicht werden - und würde dem mit unserem Rechtssystem nicht vereinbaren Gebilde einer "Privatgesetzgebung"¹⁶⁴⁾ recht nahe kommen.

Die richtige Gewichtverteilung ist allein die gegenteilige: Will der Unternehmer, daß seine AGB gelten, so ist es ihm zuzumuten, darauf klar und deutlich hinzuweisen¹⁶⁵⁾. Der Hinweis kann bei Parkbetrieben durch Aufdruck auf den Parkschein oder durch Aushang erfolgen, erfordert also nur ein einmaliges Tätigwerden des Unternehmers ohne besonderen Aufwand an Zeit oder Geld.

Betrachtet man nicht das einzelne Vertragsverhältnis, sondern die Gesamtheit aller von einem Unternehmer abgeschlossenen Vertragsverhältnisse, so zeigt sich, daß eine gewohnheitsrechtliche Verweisung nicht nur im Einzelfall, sondern auch in bezug auf die beteiligten Verkehrskreise die Proportionen verzerren würde: Der Unternehmer, der an sich nur einmal tätig zu werden brauchte, um sicherzustellen, daß sein Abnehmerkreis seinen Willen zur Inkraftsetzung von AGB erführe, wäre sogar von der Last dieser einmaligen Tätigkeit befreit, und könnte in völliger Passivität verharren. Von der Gesamtheit der Abnehmer andererseits müßte jeder einzelne nachforschen, wollte er die Frage der Geltung von AGB geklärt wissen. Die Regelung würde also eine Vielzahl von Personen mit einer Nachforschungslast belegen, nur damit ein einzelner nicht handeln brauchte.

164) Ausdruck von Bydlinski, Privatautonomie, S.221.

165) ähnlich Weber, WM 65, Sonderbeilage, S.12: "Der Aufsteller von AGB dürfte keineswegs überfordert sein, wenn man von ihm verlangt, daß er jeden Zweifel daran, ob der Vertragspartner wenigstens einmal Kenntnis von den AGB erlangt hat, ausräumt"; ferner Bydlinski, Privatautonomie, S.220; Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S.225.

Die Branchenüblichkeit der Verwendung von AGB kann somit den Unternehmer nicht von der Notwendigkeit befreien, auf seine jeweiligen AGB klar und deutlich hinzuweisen, wenn er will, daß sie gelten.

Dritter Abschnitt

Vertragsschluß durch Vertreter

I. Die Vertretung des Unternehmers

Für den Unternehmer wird bei Vertragsabschluß regelmäßig angestelltes Personal tätig. Gemäß §§ 164 ff. BGB wirkt dessen rechtsgeschäftliches Handeln für und gegen den Unternehmer, sofern das Personal Vertretungsmacht hat und sich das rechtsgeschäftliche Handeln im Rahmen dieser Vertretungsmacht bewegt.

Vertretungsmacht wird regelmäßig ausdrücklich oder stillschweigend erteilt sein (§§ 166, 167 BGB). Soweit dies nicht geschehen ist, kann sich die Vertretungsmacht auch aus den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht ergeben¹⁶⁶⁾.

Daneben kommt auch eine Anwendung von § 56 HGB in Betracht¹⁶⁷⁾, soweit es sich bei dem Unternehmen um einen kaufmännischen Gewerbebetrieb handelt. Zwar sind Parkplatz, Parkhaus und Sammelgarage nicht unmittelbar unter die Begriffe "Laden" oder "offenes Warenlager" einzuordnen; auch handelt es sich bei den Leistungen der Parkbetriebsunternehmer nicht um "Verkäufe"; indessen weicht die Interessenlage bei Erbringung

166) vgl. BGH LM § 167 BGB, Nr. 13; Staudinger-Coing, § 167, Anm. 8; Palandt-Heinrichs, § 173, Anm. 4.

167) so auch LG Göttingen für einen bewachten Parkplatz, DAR 52, 8, mit Anm. Mäding.

dieser Leistungen in nichts von der Interessenlage ab, welche der Regelung des § 56 HGB zugrundeliegt. In einem weiteren Sinn "verkauft" auch der Parkbetriebunternehmer seine Leistungen an das Publikum. Wie im Fall des § 56 HGB, so ist es auch hier dem einzelnen Benutzer nicht zuzumuten, nachzuprüfen, ob die Person, die ihm gegenüber als Vertreter auftritt, hierzu auch berechtigt ist. Eine analoge Anwendung des § 56 HGB auf kaufmännische Parkbetriebe ist daher geboten.

Die Frage nach dem Umfang der Vertretungsmacht des Personals erlangt praktisch in den Fällen Bedeutung, in denen das Personal mit dem Benutzer Vereinbarungen trifft, die den normalen, vom Unternehmer allgemein angewendeten Vertragsbedingungen nicht entsprechen, so etwa, wenn dem Benutzer unentgeltliches Abstellen gestattet wird, oder ihm Bewachung des Fahrzeugs versprochen wird, wo der Unternehmer im allgemeinen Abstellplätze nur vermietet, oder wenn Bewachung über die übliche Zeit hinaus zugesichert oder dem Benutzer Haftung zugesagt wird, wo die AGB des Unternehmers einen Haftungsausschluß enthalten.

Sofern nicht der Unternehmer auch zu solchen besonderen Vereinbarungen Vertretungsmacht erteilt hat, stellt sich die Frage, ob er nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht oder nach § 56 HGB diese Vereinbarungen gegen sich gelten lassen muß. Was zunächst § 56 HGB betrifft, so statuiert diese Vorschrift Wirksamkeit des Scheins der Vollmacht nur "für Verkäufe und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager g e w ö h n l i c h geschehen". Gewöhnlich aber werden in Parkbetrieben nur entgeltliche Verträge zu vom Unternehmer festgelegten Bedingungen geschlossen. Zu besonderen Vereinbarungen kommt es schon infolge der Massenhaftigkeit der Vertragsabschlüsse nicht.

Derselbe Gesichtspunkt ist auch auf die Haftung des Unternehmers aus Anscheinsvollmacht anwendbar. Diese setzt voraus, daß der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte annehmen durfte, daß der Vertreter das Verhalten des

Vertreters kenne und dulde¹⁶⁸⁾. Der Benutzer kann aber weder nach der Verkehrssitte noch nach Treu und Glauben damit rechnen, daß der Parkbetriebunternehmer damit einverstanden sei, daß sein Personal besondere, vom Normalen abweichende Verträge abschließt¹⁶⁹⁾. Die Verkehrssitte geht dahin, daß der Parkbetriebunternehmer nur mit dem Abschluß von normalen, dem von ihm geplanten Benutzungsvorgang und von ihm allgemein festgesetzten Bedingungen entsprechenden Verträgen einverstanden ist. Es handelt sich dabei nur um einen Unterfall einer allgemeinen Tendenz des Wirtschaftslebens, Angestellten, die relativ geringwertige Güter oder Dienstleistungen verkaufen, eine nur auf einen bestimmten Preis und bestimmte Bedingungen beschränkte Vollmacht zu erteilen, welche Verhandlungen über diese Gegenstände ausschließt und nicht zu besonderen Vereinbarungen oder Zusagen berechtigt. Soweit Parkbetriebunternehmen AGB verwenden, finden sich, was nicht überrascht, demgemäß auch häufig Bestimmungen wie "Das Personal kann die Haftung nicht erweitern"¹⁷⁰⁾.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß § 56 HGB wie auch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht auf den Abschluß

168) vgl. RGZ 117,165; BGHZ 5,112; BGH NJW 65,460 und 1674; BGHLM § 167 BGB, Nr.15 und 17.

169) vgl. OLG Freiburg, VersR 54,500: Der Parkwächter konnte auf den vom Benutzer angebotenen Geldschein nicht herausgeben. Der Benutzer erklärte, er zahle bei Rückkehr. Das OLG entschied, ein Vertrag sei nicht zustande gekommen. Auch wenn im Verhalten des Parkwächters eine Zustimmung zu sehen sei, so sei er doch nicht bevollmächtigt, einen Vertrag zu schließen, der von den allgemeinen Haftungsbedingungen - die Vorauszahlung vorsahen - abweiche. Das habe der Benutzer auch erkennen müssen (§ 179 Abs.III BGB). Das OLG bejahte jedoch eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß, weil der Parkwächter es versäumt habe, den Benutzer auf die Notwendigkeit der Vorauszahlung und seine mangelnde Vollmacht hinzuweisen; vgl. ferner BGH, NJW 68, 1718.

170) So die AGB auf den Parkscheinen des Bewachungsdienstes des Bayerischen Roten Kreuzes; Versicherer ist die "EUROPÄISCHE Versicherung AG".

von Kraftfahrzeugabstellverträgen mit Parkbetriebunternehmern anwendbar sind, jedoch keine Vertretungsmacht zu besonderen, von den allgemeinen Preisen und Bedingungen des Unternehmers abweichenden Zusagen begründen.

II. Die Vertretung des Benutzers

Auch auf der Seite des Benutzers ist Stellvertretung zulässig¹⁷¹⁾. Ausdrücklich werden allerdings kaum jemals

171) Wendet man - entgegen der hier vertretenen Ansicht - die Lehre von den 'aktischen Vertragsverhältnissen bzw. vom sozialtypischen Verhalten auch auf den Parkplatz-Abstellvertrag an, so muß man sich mit der Frage auseinandersetzen, ob Stellvertretung möglich ist. Es darf hierfür auf die Arbeit von Hitzemann "Stellvertretung beim sozialtypischen Verhalten" verwiesen werden, in der die Frage eingehend untersucht wird, mit Schwergewicht auf Parkplatz-Fällen. Wird keine ausdrückliche Willenserklärung abgegeben, so hält Hitzemann die §§ 164 ff. für unanwendbar, da dann der Abstellvertrag durch sozialtypisches Verhalten zustande komme, während die §§ 164 ff. auf die Willenserklärung zugeschnitten seien (S.48). Das entstandene Schuldverhältnis aus sozialtypischem Verhalten beruht nach Hitzemann aber nicht auf dem Vertrauen auf eine Willenserklärung (S.47), sondern ergibt sich aus dem durch "Sinnbezogenheit und typisierte Anonymität gekennzeichneten Eingriff in ein fremdes Rechtsgut" (S.47). Hitzemann will aber aus einem anderen Gesichtspunkt eine Fremdwirkung zulassen. Er verweist darauf, daß nach § 855 BGB eine Fremdwirkung auf tatsächlicher Ebene statfinde, deren Zurechnungskriterium im "sozialen Abhängigkeitsverhältnis" des Besitzdieners liege (S.51). Wenn, wie im Parkplatzfall, das wesentliche Mittel des ein sozialtypisches Verhältnis begründenden Eingriffs ein "Sachmittel" - das Kraftfahrzeug - sei, so sei das Vertrauen des Unternehmers, das durch den Eingriff eines solchen "Sachmittels" hervorgerufen werden, nicht auf den Besitzdiener, sondern auf den Besitzherren gerichtet. Geschieht der Eingriff in das fremde Rechtsgut unabhängig von der Innehabung solcher Sachmittel, so tritt nach Hitzemann daher keine Fremdwirkung ein. Im Ergebnis läßt Hitzemann somit eine Fremdwirkung nur zu, wenn "der Eingriff, der die Grundlage der Vertrauensbeziehung bildet, mittels eines von einem Besitzdiener i.S. von § 855 BGB beherrschten Sachmittels geschieht" (S.53). - Wird eine ausdrückliche Erklärung abgegeben, so liegt nach Hitzemann ein rechtsgeschäftlicher Vertragsschluß vor, der Anwendung der §§ 164 ff. BGB gestattet (S.69).

Willenserklärungen "im Namen des Vertretenen" (§ 164 Abs.1 S.1 BGB) abgegeben. Häufiger kommt es vor, daß die "Umstände ergeben" (§ 164 Abs.1 S.2 BGB), daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Zu denken ist hier vor allem an die Fälle, in denen als solche äußerlich erkennbare Firmenfahrzeuge von Firmenangestellten abgestellt werden.

Ist kein Handeln für den Vertretenen nach außen erkennbar, so kommt nach der Regelung des BGB das Geschäft nicht mit dem Vertretenen zustande (§ 164 Abs.2 BGB). Diese Regelung ist allerdings durch die in Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelte Lehre vom "rechtsgeschäftlichen Handeln für den, den es angeht" abgeschwächt worden. Ein "Geschäft für den, den es angeht" ist anzunehmen, wenn es für den Geschäftspartner unbestimmt bleibt, ob der andere Teil im eigenen oder im fremden Namen handelt und ihm die Person des Vertragspartners auch gleichgültig ist¹⁷²⁾. In einem solchen Fall ist die Schutzfunktion des Offenheitsgrundsatzes entbehrlich¹⁷³⁾. Das Geschäft wirkt daher unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Der Anwendungsbereich des "Geschäftes für den, den es angeht" ist auf die Bargeschäfte des täglichen Lebens beschränkt, weil man nur bei diesen davon ausgehen kann, daß dem Verkäufer des Gutes oder der Dienstleistung die Person

172) vgl. Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln, für den, den es angeht, S.12,13, 163,164; v. Lübtow, ZHR 112, 134,140 ff.; Enneccerus-Nipperdey, § 179 III 3 c; Soergel-Schultze = von Lasaulx, vor § 164, RandNr.37; BGH, NJW 55,590; Larenz, Allg.Teil, § 30 II, spricht von einem "verdeckten Geschäft für den, den es angeht" (im Gegensatz zum "offenen Geschäft für den, den es angeht"), wenn es für den einen Geschäftspartner nicht ersichtlich ist, daß der andere gar nicht selbst Vertragspartei werden will.

173) vgl. Soergel-Schultze = v.Lasaulx, vor § 164, RandNr. 37; v. Lübtow, ZHR 113,242 f.

des Geschäftspartner gleichgültig sein kann¹⁷⁴⁾.

Zu diesen Bargeschäften des täglichen Lebens, auf die die Lehre vom "Geschäft für den, den es angeht" anwendbar ist, ist auch der Kraftfahrzeugabstellvertrag zu rechnen. Denn es ist hier dem Unternehmer typischerweise gleichgültig, wer sein Geschäftspartner ist. Seine Leistung ist normiert und standardisiert. Seine Pflichten beziehen sich auf das Kraftfahrzeug, wobei es für den Inhalt dieser Pflichten keinerlei Unterschied macht, wem das Fahrzeug gehört. Die Vermögensverhältnisse des Vertragspartners sind ohne Belang, nicht nur, wenn im voraus bezahlt wird, sondern auch in den sonstigen Fällen, weil das Entgelt in der Regel gering ist und zudem das abgestellte Fahrzeug selbst Sicherheit bietet. Auch Haftung und Leistungen der Haftpflicht- oder Sachversicherung werden von der Identität des Vertragspartners nicht beeinflusst. Es genügt, wenn feststeht, wem gegenüber die Versicherung zur Leistung verpflichtet ist. Diese Person festzustellen, wird selten Schwierigkeiten machen.

Die Versicherungsbedingungen bestimmen in der Regel, daß anspruchsberechtigt der "Einsteller" ist. Betrifft der Versicherungsfall ein "Geschäft für den, den es angeht", so ist als "Einsteller" der Vertretene, nicht der Vertreter anzusehen.

Es bleibt somit im Ergebnis festzuhalten, daß die Grundsätze über das "Geschäft für den, den es angeht" auch für den Abschluß des Kraftfahrzeugabstellvertrages gelten.

174) vgl. Soergel-Schultze = v. Lasaulx, vor § 167, RandNr. 41; v. Lübtow, ZHR 113, 243, 240. Cohn (Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht, S. 163, 164) will das Geschäft für den, den es angeht auf die Fälle beschränken, "in denen typischerweise Personen, die zu direkter Vertretung beauftragt und bevollmächtigt sind, nach außen hin nicht als Vertreter aufzutreten pflegen". Dies treffe im Verkehr gerade in den Fällen zu, in denen dem Veräußerer nichts daran liege, zu wissen, mit wem er es zu tun habe. Für den Abschluß von Kraftfahrzeugabstellverträgen sind diese Voraussetzungen typischerweise erfüllt, so daß nicht untersucht zu werden braucht, ob die gegenüber der h.M. einengende Auffassung von Cohn berechtigt ist.

Z W E I T E R T E I L

DER INHALT DES KRAFTFAHRZEUGABSTELLVERTRAGES

Kraftfahrzeugabstellverträge können verschiedenen Inhalt haben, die Leistungspflicht des Unternehmers kann unterschiedlich ausgestaltet sein. In der Praxis, an der eine rechtswissenschaftliche Betrachtung nicht vorbeisehen darf, spielen die AGB der Parkunternehmer eine bedeutende Rolle für die Ausgestaltung des Vertragsinhalts. Auf die wichtigsten anzutreffenden Regelungen solcher AGB wird weiter unten noch einzugehen sein. Vorweg soll eine andere Frage untersucht werden: Unter welche gesetzlichen Vertragstypen können Kraftfahrzeugabstellverträge subsumiert werden und welchen Kriterien kommt hierfür ausschlaggebende Bedeutung zu?

Die Frage ist in mehrfacher Hinsicht von Interesse. Praktisch ist vor allem zu bedenken, daß AGB inhaltlich ganz oder teilweise unwirksam oder lückenhaft sein können, wie auch, daß es vorkommt, daß sie nicht Vertragsinhalt werden, so z.B. wenn der Aushang, der die AGB enthält, verschwunden ist. In diesen Fällen gilt das dispositiven Recht des Vertragstypus, unter den der betreffende Kraftfahrzeugabstellvertrag zu subsumieren ist.

Rechtstheoretisch interessiert, inwieweit sich die moderne Rechtserscheinung des Kraftfahrzeugabstellvertrags im Vertragstypensystem des BGB unterbringen läßt und welche Rechtsfolgen sich hieraus ergeben. Die Kenntnis der Rechtsfolgen ist auch notwendig zur Beurteilung der anzutreffenden AGB.

Nachfolgend soll daher im ersten Abschnitt untersucht werden, unter welche gesetzlichen Vertragstypen Kraftfahrzeugabstellverträge subsumiert werden können. Im zweiten Abschnitt sollen die sich als Folge der Subsumtion ergebenden praktisch wichtigsten Rechtsfolgen untersucht werden. Besonders interessiert, inwieweit sich das als Folge der Einordnung eines Kraftfahrzeugabstellvertrages anwendbare dispositive Recht mit dessen Eigenschaften vereinbaren läßt. Im dritten Abschnitt sind die praktisch bedeutsamsten Regelungen der AGB zu behandeln.

Erster Abschnitt

Die Rechtsnatur des Kraftfahrzeugabstellvertrages

Wie erwähnt wurde, kann die Leistungspflicht des Unternehmers unterschiedlich ausgestaltet sein. In der Regel, wenn auch nicht notwendig, verpflichtet sich der Unternehmer, dem Benutzer einen Abstellplatz zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus übernimmt er oft Obhutspflichten in irgendeiner Form oder verpflichtet sich zumindest, dem Benutzer für dessen Fahrzeug Versicherungsschutz zu verschaffen.

Soweit nicht AGB eingreifen, werden solche Pflichten des Unternehmers indessen selten klar durch eine ausdrückliche Abmachung festgelegt. Meist müssen sie daher nach §§ 133, 157 BGB durch Auslegung der Vertragserklärungen, insbesondere also des Verhaltens beim Vertragsschluß und des geschlossenen Vertrages ermittelt werden. Erst wenn dies geschehen ist, kann die Rechtsnatur des jeweiligen Kraftfahrzeugabstellvertrages festgestellt werden.

Nun sind die in der Praxis abgeschlossenen Verträge nicht einheitlich, sondern unterschiedlich. Wären sie einheitlich, dann könnte es unternommen werden, sie generell einem Vertragstyp zuzuordnen. Da sie jedoch unterschiedlich sind, bleibt nichts übrig als zu versuchen, Typen zu bilden, die subsumiert werden können.

Ein erster Schritt hierzu ist die Untergliederung in Parkplatz-, Parkhaus- und Sammelgaragen-Abstellvertrag. Diese drei Vertragstypen lassen sich durch äußerliche Merkmale abgrenzen. Die Betrachtung wird zeigen, daß diese Abgrenzung auch für die juristische Einordnung eine gewisse Bedeutung hat, daß aber - zumindest für den Parkplatz-Abstellvertrag - eine weitere Differenzierung erforderlich ist.

I. Die Rechtsnatur des Parkplatz-Abstellvertrages

Mustert man die gesetzlichen Vertragstypen des BGB daraufhin, ob sie den Parkplatz-Abstellvertrag erfassen könnten, so bieten sich als möglicherweise anwendbar an: Der Mietvertrag, der Dienstvertrag, der Verwahrungsvertrag sowie eine Kombination dieser Typen.

Der Mietvertrag ist charakterisiert dadurch, daß es Hauptpflicht der einen Vertragspartei ist, der anderen den Gebrauch einer Sache zu gewähren. Ein Abstellplatz ist eine Sache, § 90 BGB. Wird ein Fahrzeug auf ihm abgestellt, so ist das ein Gebrauch dieser Sache. Verpflichtet sich somit der Unternehmer dazu, dem Benutzer einen Abstellplatz zum Abstellen des Fahrzeuges zu überlassen, so liegt ein Mietvertrag vor, sofern diese Qualifikation nicht durch zusätzliche Pflichten des Unternehmers wieder in Frage gestellt wird.

In erster Linie ist dabei an eine Obhutspflicht des Unternehmers zu denken. Es kommt ferner noch die Pflicht zur Verschaffung von Sachversicherungsschutz in Frage. Eine solche Pflicht kann aber praktisch nur durch AGB begründet werden. Sie kann daher bei der Betrachtung des Vertragscharakters ausgeklammert werden. Es geht ja gerade um die Frage, was gilt, wenn AGB nicht vorhanden sind.

Wer sein Fahrzeug auf einem Parkplatz abstellt, wünscht nicht selten Beaufsichtigung des Fahrzeugs. Diesem Bedürfnis entgegenkommend übernehmen die Unternehmer oft eine Pflicht dazu. Inhalt und Umfang dieser Pflicht ist nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte festzustellen.

Danach kann der Benutzer von dem Unternehmer erwarten, daß dieser alles tut, was ihm möglich und zumutbar ist, um die abgestellten Fahrzeuge vor Abhandenkommen und Beschädigung zu schützen und den Eigentümer des abgestellten Fahrzeuges vor Schaden zu bewahren.

Die nach diesem Grundsatz vom Unternehmer zu ergreifenden Maßnahmen richten sich nach den drohenden Gefahren.

Solche Gefahren sind hauptsächlich die des Diebstahls des Kraftfahrzeuges oder seines Inhalts, ferner die Gefahr der Beschädigung eines Kraftfahrzeuges durch andere Parkplatzbenutzer.

Zur Abwehr dieser Gefahren ist es erforderlich und dem Unternehmer auch zumutbar, den Parkplatz ständig auf verdächtige Vorkommnisse, insbesondere auf das Auftauchen verdächtiger Personen zu überwachen¹⁾. Ist der Parkplatz so groß, daß er nicht von einem Punkt aus voll übersehen werden kann, so hat der Unternehmer sich den erforderlichen Überblick durch regelmäßige Rundgänge zu verschaffen.

Stellt der Unternehmer verdächtige Vorkommnisse fest, so hat er dagegen einzuschreiten, soweit dies zumutbar ist²⁾. Die Zumutbarkeit wird dann zu verneinen sein, wenn das Einschreiten eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben des Unternehmers bedeuten würde.

Um die Beschädigung eines Fahrzeuges zu verhindern, hat der Unternehmer ein- und ausfahrende Fahrzeuge einzuweisen³⁾ und für ordnungsgemäße Aufstellung zu sorgen, so daß kein Fahrzeug "eingeklemmt" wird und ein müheloses Ein- und Aussteigen möglich ist. Ist es zur Beschädigung gekommen, so hat der Unternehmer die Person des Schädigers festzustellen⁴⁾. Falls

1) So auch Wintergerst, NJW 63,141; Neumann-Duesberg, 68,317.

2) Ähnlich Wintergerst, NJW 63,141.

3) Das "Einweisen" des Kraftfahrers durch das Personal ist also keine Gefälligkeit, sondern Vertragspflicht. Verläßt sich also der Kraftfahrer auf Handzeichen des Parkwächters und kommt es deshalb beim Einparken zu einer Beschädigung des Fahrzeugs, so haftet der Unternehmer dafür. Allerdings ist auf ein Mitverschulden des Kraftfahrers zu achten.

4) So auch Wintergerst, NJW 63,141; Neumann-Duesberg, 68,317.

erforderlich, hat er die Polizei zu verständigen.

Zweifelhaft ist, ob der Unternehmer auch verpflichtet ist, zu überprüfen, ob der Besitzer des Schlüssels eines Kraftfahrzeuges berechtigt ist, das Fahrzeug abzuholen.

Dies könnte dadurch geschehen, daß der Unternehmer sich den Kraftfahrzeugschein zeigen läßt. Eine solche Verpflichtung des Unternehmers würde jedoch zu einer erheblichen Verzögerung bei Abwicklung des Verkehrs auf dem Parkplatz führen.

Zudem ist der Besitz des Kraftfahrzeugschlüssels in Verbindung mit der Kenntnis, wo sich das zugehörige Fahrzeug befindet, ein ziemlich sicheres Indiz dafür, daß der Schlüsselbesitzer berechtigt ist, das Fahrzeug abzuholen. Man wird daher eine Überprüfungspflicht des Unternehmers im Zweifel verneinen müssen.

Die vorstehend skizzierte Obhutspflicht des Unternehmers ist auf eine Tätigkeit gerichtet, nicht auf einen Erfolg. Der Unternehmer verspricht nicht die Rückgabe des Fahrzeuges in unbeschädigtem Zustand, sondern nur sorgfältige Überwachungstätigkeit. Diese Tätigkeit läßt sich ohne Schwierigkeit unter den Begriff des "Dienstes" i.S. von § 611 BGB subsumieren. Somit kommt der Dienstvertrag als für den Parkplatz-Abstellvertrag einschlägiger Vertragstypus in Betracht.

Ein Dienstvertrag liegt jedoch dann nicht vor, wenn ein Verwahrungsvertrag gegeben ist. Es stellt sich daher die Frage, worin diese beiden Vertragstypen sich unterscheiden, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. E.Mayer⁵⁾ will in seiner Untersuchung dieser Frage eine "innere Verschiedenheit" des Geschäftsinhalts feststellen. Die auf Grund eines Dienstvertrags geschuldete Dienstleistung sei unselbständige, leitungsbedürftige, die Dienstleistung des Verwahrers selbständige, nur durch den erstrebten Erfolg bestimmbare Arbeit.

5) S.62 f.

Mayers Ansicht kann nicht gefolgt werden. Bei dem vom Verwahrer aus dem Verwahrungsvertrag geschuldeten Verhalten - "Der Verwahrer hat Raum und Aufsicht zu stellen" -⁶⁾ handelt es sich um eine Tätigkeit, ein Wirken. Damit fällt auch das vom Verwahrer geschuldete Verhalten an sich unter den Begriff der Dienstleistung i.S. von § 611 BGB. Eine Einschränkung dieses Begriffes auf unselbständige, abhängige Dienstleistung entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 611 BGB. Er betrifft auch Dienste, die in wirtschaftlicher und sozialer Unanhängigkeit geleistet werden, wie solche von Ärzten, Rechtsanwälten und Unternehmern⁷⁾.

Es ist daher anzunehmen, daß es sich bei dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag um eine besonders geregelte Unterart von Dienstverträgen handelt⁸⁾. Handelt es sich bei dem Verwahrungsvertrag um eine besondere Form des Dienstvertrages, so stellt sich die Frage, welches das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zwischen dem Dienstvertrag und seiner Sonderform ist.

Eine unbefangene Betrachtung des Gesetzestextes ergibt als einziges Abgrenzungsmerkmal dasjenige der "ihm übergebenen" Sache, § 688 BGB: Wird die Sache übergeben und in Obhut genommen, so liegt Verwahrung vor. Wird sie ohne Übergabe in Obhut genommen, so handelt es sich um eine Dienstleistung⁹⁾. Gegen diese Art der Abgrenzung spricht sich Leonhard aus. Nach seiner Auffassung ist für den Verwahrungsvertrag Besitzübergang nicht erforderlich. Vielmehr genüge es, wenn eine äußere Lage hergestellt werde, kraft derer der Verwahrer die Obhut über die Sache ausüben könne - eine "Bewachungslage", wie Leonhard sie nennt. Wenn das Gesetz von einer "ihm übergebenen Sache"

6) Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, § 135.

7) vgl. Palandt-Putzo, Einf. vor § 611, Anm.2; Soergel-Wlotzke-Volze, vor § 611, RandNr.1.

8) So Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5.A., § 154 I 1 c; Fontaine, S.62 ff.; widersprüchlich Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 121 II und III: Der Verwahrungsvertrag sei ein Arbeitsvertrag und eine Mittelform zwischen Dienst- und Werkvertrag. Im gemeinen Recht wurde der entgeltliche Verwahrungsvertrag als Dienstvertrag angesehen, vgl. Enneccerus-Lehmann, § 169,4.

9) Besonderes Schuldrecht des BGB, § 135.

spreche, so sei damit noch nicht gesagt, daß diese notwendig zum Besitz übergeben sein müsse. Man könne es auch darauf beziehen, daß sie ihm zur Obhut übertragen sei - wie ein Wachtposten seinem Nachfolger das Pulverhaus übergebe. Man dürfe die Wendungen des Gesetzes nicht allzu wörtlich auslegen. Daher seien auch die Vorschriften über die Rückgabe der Sache (§§ 695 ff. BGB) in demselben Sinn erweiternd zu deuten.

Die Auffassung Leonhards ist jedoch mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Das Gesetz meint mit "Übergabe" Besitzübertragung; vgl. §§ 929, 930, 1205, 1206, 433 BGB. Daß dies auch für § 688 BGB gilt, ergibt sich aus den §§ 695 - 697 BGB, die eindeutig die Frage der Besitzrückübertragung regeln. Bei Richtigkeit von Leonhards Auffassung wäre auch nicht verständlich, warum sich der Verwahrungsvertrag nur auf bewegliche Sachen erstrecken sollte. Denn die Einräumung einer Bewachungslage ist auch bei unbeweglichen Sachen ohne weiteres möglich, wie an Leonhards Pulverhaus-Beispiel deutlich wird.

Auch die rechtshistorische Entwicklung spricht gegen Leonhards Ansicht. Der Verwahrungsvertrag hat sich aus dem römisch-rechtlichen Depositum entwickelt, das die Übergabe der Sache voraussetzte¹⁰⁾.

Als wesentliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Verwahrungsvertrag und - auf Obhutsgewährung gerichteten - Dienstvertrag ist daher die Übergabe der Sache im Sinne einer Besitzübertragung anzusehen. Kein Unterscheidungskriterium ist demgegenüber der Inhalt und Umfang der Aufsichtspflicht. Der Verwahrungsvertrag ist auf die Gewährung von Obhut durch den Verwahrer gerichtet.¹¹⁾

Verpflichtet sich somit der Unternehmer zur Überlassung eines Abstellplatzes und zur Obhut und nimmt er das Fahrzeug in seinen Besitz, so liegt ein Verwahrungsvertrag vor.

10) vgl. Dernburg, Pandekten, Zweiter Band, Obligationsrecht, 4. Aufl., 1894, § 92; Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, 9. Aufl. 1906, § 377.

11) Larenz, Schuldrecht II, § 587. Die Gewährung von Obhut kann aber auch Gegenstand eines Dienstvertrags, eines "Bewachungsvertrages" sein (vgl. RG Warn. 20, 152 und 21, 143: Der Vertrag mit einer Wach- und Schließgesellschaft ist ein Dienstvertrag, ebenso OLG München, MDR 60, 224).

1. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Mietvertrag

Der Parkplatz-Abstellvertrag ist als "reiner" Mietvertrag zu qualifizieren, wenn der Unternehmer sich zur Gewährung des Gebrauchs an einem Abstellplatz verpflichtet und nicht Obhutspflichten irgendeiner Art übernimmt.

Nach Esser¹²⁾ ist die Interessenlage maßgebend, wenn die äußere Vertragsgestaltung nicht klar erkennen läßt, ob Verwahrung oder Abschluß eines Überlassungsvertrages gewollt ist. Werde Raum gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, so liege grundsätzlich Miete vor. Das Parken auf einem bewachten Parkplatz sei je nach dem Inhalt der zugrundegelegten Geschäftsbedingungen regelmäßig Miete und nicht Verwahrung. Die Höhe des Entgelts könne aber ein Anzeichen dafür sein, daß der Unternehmer das Bewachungsrisiko tragen wolle.

Schmidt¹³⁾ behandelt die Frage im Zusammenhang mit umsatzsteuerlichen Problemen¹⁴⁾. Nach seiner Ansicht geht der Parteiwille nach der heutigen Verkehrssitte lediglich auf Vermietung, da bei den beschränkten Parkmöglichkeiten auf öffentlichen Straßen ein Großteil der Kraftfahrer schlechthin gezwungen sei, Parkplätze und Parkgebäude zu benutzen, um die Fahrzeuge überhaupt abstellen zu können. Bei der ständig zunehmenden Verkehrsintensität und Belegungsdichte von Parkplätzen und Parkgebäuden könne die Aufgabe der Verwahrung von dem Unternehmer nicht mehr wahrgenommen werden.

Demgegenüber wird von der Mehrzahl der Autoren, so von Neumann-Duesberg, Mäding, Schöpe, Weimar und Wintergerst¹⁵⁾

12) Esser, Schuldrecht II, § 84 I 2 c.

13) Schmidt, BB 70, 1174.

14) Nach § 4 Nr.12 UStG ist die Vermietung von Grundstücken und Gebäuden, also auch von Parkplätzen und Parkgebäuden sowie einzelnen Abstellplätzen auf oder in diesen, von der Umsatzsteuer befreit. Obhutgewährung ist dagegen nach § 1 Abs.1 Ziff.1 UStG eine umsatzsteuerpflichtige Leistung.

15) Neumann-Duesberg, VersR 68,313 ff.; Mäding, DAR 51,17 f.; Schöpe, DAR 63,349 f.; Weimar, NJW 63,629; Wintergerst, NJW 63,141 f.

eine Obhutspflicht des Unternehmers stillschweigend vorausgesetzt. Diese Autoren nehmen also offensichtlich an, daß Parkplätze regelmäßig bewacht werden.

Eine klare Festlegung dahingehend, daß der Parkplatz-Abstellvertrag immer Mietvertrag sein müsse oder niemals Mietvertrag sein könne, findet sich indessen in der Literatur nicht. Sie wäre auch verfehlt.

Denn es gibt eine Art von Parkplatz-Abstellverträgen, die sicherlich nicht als Mietverträge qualifiziert werden können. Das sind die Verträge, durch die keine Pflicht des Unternehmers begründet wird, den Gebrauch an einem Abstellplatz zu gewähren. Solche Verträge werden geschlossen, wenn der Unternehmer dem Benutzer den Gebrauch an dem Abstellplatz nicht gewähren kann, weil dieser Gebrauch dem Benutzer ohnehin, also auch ohne Vertragsschluß zusteht.

Die Vertragserklärungen der Parteien können in diesem Fall nicht dahingehend verstanden werden, daß die Überlassung eines Abstellplatzes zum Gebrauch Vertragsgegenstand sein soll. Denn andernfalls wäre der Vertrag insoweit nach § 306 BGB nichtig, da es objektiv unmöglich ist, für eine Vertragspartei ein Recht zu bedingen, das ihr bereits zusteht¹⁶⁾.

Im Zweifel ist nicht jedoch anzunehmen, daß die Parteien einen nichtigen Vertrag schließen wollen.

Eine Berechtigung des Benutzers, sein Fahrzeug auch ohne Abschluß eines Abstellvertrages auf einem Parkplatz abzustellen, besteht vor allem dann, wenn der Parkplatz auf öffentlichem, dem Verkehr gewidmetem Straßengrund liegt und der Gemeingebrauch daran nicht dadurch eingeschränkt ist, daß der Parkplatzunternehmer eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis hat, die ihm den Besitz an diesem Grund und das Recht der Vermietung gewährt. Findet ohne eine solche Sondernutzungserlaubnis Bewachung statt, so handelt es sich um eine Bewachung auf Wunsch, die den Kraftfahrer in keiner Weise hindert,

16) RGZ 150,218.

sein Fahrzeug kraft des Rechtes zum Gemeingebrauch auch ohne Abschluß eines Abstellvertrages zu parken¹⁷⁾. Die Leistung des Parkplatzunternehmers besteht dann in der Übernahme von Obhut¹⁸⁾, nicht aber in der Gewährung des Gebrauchs eines Abstellplatzes. Der Parkplatz-Abstellvertrag kann daher kein Mietvertrag sein.

Anders liegt es aber, wenn der Unternehmer eine Sondernutzungserlaubnis hat¹⁹⁾. Der Gemeingebrauch ist dann eingeschränkt,

17) Parken fällt unter den Gemeingebrauch, vgl. BVerfGE 23, 325 = NJW 66,1190; BVerwGVerwRspr. 21,601 ff. = NJW 70, 962 mit zust. Anm. Schmeding, NJW 71,897.

18) vgl. OLG Köln, VersR 58,101 mit zust.Anm. Wirtwein.

19) Die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen an Bewachungsunternehmen zum Betrieb eines Parkplatzes auf öffentlichem Straßengrund ist jedoch nicht unbeschränkt zulässig: Eine Sondernutzungserlaubnis darf nicht erteilt werden, wenn der Parkplatz aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, wie z.B. um Raum für Kurzparker zu schaffen, errichtet werden soll. Denn durch die Sondernutzungserlaubnis würde das Recht zum unentgeltlichen Parken beseitigt. Dies ist aber nicht zulässig, da Parken als Teil des Straßenverkehrs nur durch die in der StVO vorgesehenen Maßnahmen, wie Parkverbotsschilder und Parkuhren, eingeschränkt werden darf, da die StVO das Recht des Straßenverkehrs abschließend regelt. Die StVO kennt aber die Errichtung eines bewachten Parkplatzes als Maßnahme nicht. - Dagegen darf ein bewachter Parkplatz durch Sondernutzungserlaubnis auf öffentlichem Straßengrund errichtet werden, wenn dies aus anderen Gründen als solchen der Verkehrssicherheit geschieht, da hier die StVO nicht im Wege steht. Ein Beispiel sind Parkplätze an Flughäfen und Bahnhöfen, bei denen ein echtes Bedürfnis nach Bewachung besteht, weil die Fahrzeuge oft tage- und wochenlang verlassen abgestellt sind. Zulässig ist auch die Bewachung auf Wunsch, weil sie den Gemeingebrauch des Kraftfahrers nicht einschränkt und ihrerseits den Gemeingebrauch nicht überschreitet. Vgl. BVerwG, VRS 38,386; zum letzten Satz auch das zust. Urteil LG Köln BB 57,492. A.M. hinsichtlich der Zulässigkeit der Sondernutzung BGHZ 21,319; AG Hannover, DAR 52,138. Vgl. auch OLG Hamburg, BB 54,884.

der Kraftfahrer darf nur auf Grund eines Abstellvertrages sein Fahrzeug abstellen. Hier umfaßt die Leistung des Unternehmers das Überlassen eines Abstellplatzes.

Es können somit solche Parkplatz-Abstellverträge aus der Betrachtung ausgeklammert werden, die keine Pflicht des Unternehmers begründen, den Gebrauch eines Abstellplatzes zu gewähren. Sie können auf keinen Fall als Mietvertrag qualifiziert werden.

Aber auch diejenigen Parkplatz-Abstellverträge, die nicht unter die genannte Gruppe fallen, können nicht generell als Mietverträge angesehen werden.

Zwar mag eine Tendenz zum Mietvertrag bestehen, als Folge der großen und noch wachsenden Zahl der Kraftfahrzeuge, des Personalmangels und der kostenverursachenden Versicherungspflicht des § 2 Abs.4 BewachungsVO. Das ändert aber nichts daran, daß es noch viele "Bewachte Parkplätze" gibt, auf denen zweifelsfrei Bewachung stattfindet und sich die Leistungspflicht des Unternehmers somit nicht auf Vermietung eines Abstellplatzes beschränkt.

Ob ein Parkplatz-Abstellvertrag als reiner Mietvertrag oder als Vertrag mit Obhutspflichten zu qualifizieren ist, hängt somit mangels ausdrücklicher Vereinbarungen davon ab, wie die - auch konkludenten - Vertragserklärungen der Parteien nach den Umständen des Vertragsschlusses und der Verkehrssitte zu verstehen sind.

Solche Umstände des Vertragsabschlusses, die für die Auslegung der Vertragserklärungen der Parteien von Bedeutung sind, sind vor allem:

Die Aufmachung des Parkplatzes und die Ausgestaltung des Benutzungsvorganges;

die Lage des Parkplatzes auf öffentlichem Straßengrund oder Privatgrund;

die wirtschaftliche Funktion des Parkplatzes;

die tägliche Betriebsdauer;

die Besitzlage an dem abgestellten Fahrzeug;

die Höhe des Entgelts.

Am wichtigsten für die Auslegung der Vertragserklärungen der Parteien sind die **A u f m a c h u n g** des Parkplatzes und die **G e s t a l t u n g** des **B e n u t z u n g s - v o r g a n g e s**. Beides geht auf den Unternehmer zurück. Von beidem kann daher auf den Willen geschlossen werden, den der Unternehmer durch dieses konkludente Verhalten zum Ausdruck bringt²⁰⁾.

Muß der Parkplatz nach seiner Aufmachung in dem Benutzer den Eindruck erwecken, es werde den Fahrzeugen Obhut gewährt, so kann der Benutzer die Vertragserklärung des Unternehmers dahin verstehen, daß der Unternehmer sich auch zur Obhutgewährung verpflichten wolle. Elemente der äußeren Aufmachung, die für die Obhutgewährung sprechen, sind in erster Linie die Bezeichnung "Bewachter Parkplatz", weiterhin eine Umzäunung oder sonstige Vorrichtungen, die den Parkplatz für die Allgemeinheit unzugänglich macht; ferner Schranken an der Ausfahrt, durch welche der Unternehmer jeden Benutzer am Ausfahren hindern kann.

Im Zusammenhang mit der äußeren Aufmachung steht der Eindruck, den die Gestaltung des Benutzungsvorganges bei dem Benutzer erwecken muß. Wird das Abstellen und Abholen des Fahrzeuges vom Personal überwacht, oder muß sich der Benutzer vor Abholen des Fahrzeugs in irgendeiner Form über seine Berechtigung ausweisen, so kann der Benutzer davon ausgehen, daß Obhutgewährung durch den Unternehmer gewollt sei. Anders liegt es, wenn der Benutzer auf dem Parkplatz völlig sich selbst überlassen bleibt, wenn der Parkplatz erkennbar mit weniger Personal besetzt ist, als es für eine ausreichende Überwachung erforderlich wäre oder wenn der Unternehmer erkennbar die Legitimation des Abholenden in keiner Weise kontrolliert. In diesen Fällen kann von der Ausgestaltung des Benutzungsvorganges nicht auf die Übernahme der Obhutspflicht durch den Unternehmer geschlossen werden.

20) ähnlich Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 11.Aufl., RandNr.850.

Läßt sich aus der Aufmachung des Parkplatzes keine eindeutige Folgerung ziehen, so wird sich die Auslegung der Vertragserklärungen primär an der **w i r t s c h a f t l i c h e n F u n k t i o n** des Parkplatzes orientieren müssen.

Damit ist folgendes gemeint: Daß ein gebührenpflichtiger Parkplatz benutzt wird, zeigt, daß er einem Interesse der Kraftfahrer Rechnung trägt, welches entweder nur auf die Benutzung eines Abstellplatzes oder auch auf Schutz des Fahrzeugs gerichtet sein kann.

Kann nun festgestellt werden, welchem Interesse ein Parkplatz allgemein dient, so kann gefolgert werden, daß die einzelnen abgeschlossenen Abstellverträge im Zweifel bezwecken, eben dieses Interesse zu befriedigen. Hat also der Parkplatz objektiv nur die Funktion, Parkraum bereitzustellen, so besteht im Zweifel die Leistung des Unternehmers nur in der Gewährung des Gebrauchs eines Abstellplatzes. Hat aber der Parkplatz objektiv Schutzfunktion, so wird die Gegenleistung des Unternehmers im Zweifel auch Bewachung oder Aufbewahrung mitumfassen²¹⁾.

Ob nun der Parkplatz seiner Funktion nach nur der Bereitstellung von Parkraum oder darüber hinaus auch dem Schutz abgestellter Fahrzeuge dient, kann aus der Beschaffenheit seiner Umgebung erschlossen werden. Wesentlich ist hierbei einmal, ob in der Umgebung ein besonderes Bewachungsbedürfnis besteht, zum anderen wie in der Umgebung das Verhältnis des Angebotes an Parkraum zur Nachfrage ist. Ergibt sich aus der Beschaffenheit der Umgebung ein besonderes Bedürfnis nach Bewachung des Kraftfahrzeuges, so spricht dies - unabhängig vom Angebot an Parkraum - dafür, daß vorhandene Parkplätze eine Schutzfunktion haben müssen. Ein besonderes Bewachungsbedürfnis liegt vor, wenn unbewacht geparkte Fahrzeuge einer

21) In der Rechtswirklichkeit kommen allerdings des öfteren Fälle vor, in denen es dem Publikum nur darauf ankommt, einen Abstellplatz zu erhalten, der Unternehmer aber zusätzlich Bewachung bietet, sie also dem Publikum gewissermaßen aufdrängt. Die Bewachungspflicht ergibt sich dabei aber aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Aufmachung, so daß die wirtschaftliche Funktion als Auslegungskriterium keine Bedeutung erlangt.

übernormal großen Entwendungsgefahr ausgesetzt sind. Eine solche übernormal große Gefahr besteht, wenn Fahrzeuge längere Zeit an derselben Stelle abgestellt sind, ohne daß der Besitzer in der Nähe ist, wie an Flugplätzen, Häfen, Bahnhöfen und Bodenstationen von Bergbahnen oder Skiliften.

Besteht kein besonderes Bewachungsbedürfnis, so hängt die Funktion des Parkplatzes vom Verhältnis der Nachfrage nach Parkraum, die sich aus der Verkehrsdichte und der wirtschaftlichen Struktur der Umgebung ergibt, zum Angebot an Parkraum ab, das sich aus den vorhandenen Parkmöglichkeiten auf öffentlichen Straßen, in entgeltpflichtigen Parkbetrieben und an sonstigen Stellen zusammensetzt. Ist das Angebot im Verhältnis zur Nachfrage knapp, so spricht dies dafür, daß die Funktion des Parkplatzes ausschließlich in der Bereitstellung von Parkraum besteht. Ist das Angebot ausreichend, kann also jeder Kraftfahrer ohne besondere Schwierigkeiten einen Parkplatz finden, so hat der Parkplatz eine Schutzfunktion, wenn das Angebot überwiegend in gebührenfreiem Parkraum besteht²²⁾. Denn ein Kraftfahrer kann dann sein Fahrzeug kostenfrei parken, wenn er will. Parkt er es dennoch gegen Entgelt, so kann dem nur die Absicht zugrundeliegen, für die Sicherheit des Fahrzeuges zu sorgen.

Besteht dagegen das ausreichende Angebot überwiegend aus gebührenpflichtigen Parkmöglichkeiten, so haben die Parkplätze keine Schutzfunktion, da der größere Teil der Kraftfahrer nicht umhin kann, sie zu benutzen, sie also im wesentlichen nur den Parkraumbedarf der Kraftfahrer decken.

22) Ähnlich argumentiert das AG Frankfurt/Main, VersR 65, 1065 bei Prüfung der Frage, ob bei einer Sammelgarage (oder Parkhaus?) am Flughafen den Unternehmer eine Obhutspflicht treffe: "Wer gegen Entgelt einen Wagen in einer Garage abstellt, will nicht nur einen Parkplatz erlangen, sondern seinen Wagen darüber hinaus in Obhut geben ... Gilt dies schon allgemein, so gerade am Flughafen F., wo neben einer großen Anzahl von Dauerparkplätzen unter freiem Himmel außerdem noch die Garagen des Bekl. zur Verfügung stehen."

Die Betrachtung der äußeren Aufmachung des Parkplatzes, der Gestaltung seines Benutzungsvorganges und seiner wirtschaftlichen Funktion werden meist ausreichen, um zu entscheiden, ob den Unternehmer eine Obhutspflicht trifft. Ist die Aufmachung jedoch indifferent und läßt sich die wirtschaftliche Funktion nicht feststellen, so sind weitere, wenn auch schwächere Indizien zu untersuchen.

Hier ist zunächst an die t ä g l i c h e B e t r i e b s - z e i t zu denken. Ist der Parkplatz Tag und Nacht ohne Unterbrechung mit Personal besetzt, so ist dies ein Indiz für Obhutübernahme, da dann Dieben jederzeit das Handwerk erschwert ist. Ist das Personal nur gewisse Zeitspannen täglich anwesend, so spricht dies dann gegen Bewachung, wenn auf dem Parkplatz in der Regel auch in der Zeit der Abwesenheit des Personals noch eine erhebliche Anzahl von Fahrzeugen steht. Denn gerade in den weniger verkehrsreichen Stunden, in denen das Personal abwesend ist, ist die Gefahr von Diebstählen besonders groß. Eine wirksame Bewachung würde gerade in dieser Zeit die Anwesenheit von Personal erfordern. Sind aber in der Zeit der Abwesenheit des Personals normalerweise wenige Fahrzeuge auf dem Parkplatz, so besteht in dieser Zeit kein allgemeines Bedürfnis nach Bewachung. In diesem Fall läßt sich aus der Beschränkung der Betriebsdauer weder in der einen noch in der anderen Richtung ein Schluß ziehen.

Ein Indiz für die Übernahme der Obhutspflicht ist es, wenn der Parkplatzunternehmer B e s i t z an den abgestellten Fahrzeugen erlangt. Denn die Besitzübertragung gehört zu den Tatbestandsmerkmalen des Verwahrungsvertrages, § 688 BGB. Bei reiner Abstellplatzvermietung besteht für einen Besitzübergang keinerlei Anlaß. Das bedeutet allerdings nicht, daß bei Fehlen eines Besitzüberganges notwendig Vermietung vorläge. Denn die Übernahme einer Obhutspflicht setzt nicht notwendig Besitzübertragung voraus. Nur eine vollzogene, nicht aber eine unterlassene Besitzübertragung kann somit als Indiz

für eine bestimmte Auslegung des Vertrages verwertet werden. Wann eine Besitzübertragung vorliegt, wird unten²³⁾ näher behandelt.

Für die Auslegung kann ferner die Höhe des Entgelts von Interesse sein²⁴⁾. Die Übernahme der Obhutspflicht verursacht dem Unternehmer besondere Kosten,, so für Personal, für den Ersatz bei Haftungsfällen oder für Versicherungen zur Abdeckung solcher Haftungsfälle. Diese Kosten werden auf das Entgelt abgewälzt und wirken sich somit auf die Höhe des Entgelts aus. Man kann daher versuchen, diese zur Auslegung des Vertrages mitzuverwerten. Je höher das Entgelt ist, umsomehr spricht dies dafür, daß der Unternehmer die Obhut übernehmen will.

Der BGH hat diesen Gedankengang in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei der Auslegung einer Haftungsausschlußklausel in einem Parkplatz-Abstellvertrag herangezogen²⁵⁾. Es ging um die Frage, ob die Klausel ihrem Inhalt nach den Unternehmer auch von der Haftung für grobes Verschulden seiner Arbeiter oder nicht leitenden Angestellten, insbesondere der Parkwächter freistelle. Hierzu führte der BGH im Sinn nach auch aus, daß die Unternehmer ein hohes Risiko eingegangen wären, wenn sie gerade bei grober Verletzung der Pflichten durch das Wachpersonal von der Haftungsbeschränkung abgesehen hätten, umsomehr, als wegen der Lage des Arbeitsmarktes geeignetes Personal nur schwer zu bekommen war, mithin auch ungeeignetes Personal eingestellt werden mußte. Die Übernahme eines solchen Risikos sei für die Unternehmer nur zu tragen gewesen, wenn die Parkgebühren entsprechend hoch festgesetzt gewesen seien. Das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, daß die Unternehmer mit den von ihnen erhobenen Parkgebühren

23) Siehe unten, S. 82 ff.

24) Esser, Schuldrecht II, § 84 I 2 c.

25) BGH NJW 68,1719.

das Risiko aufzufangen in der Lage gewesen wären. Die Klausel sei daher so auszulegen, daß alle Ansprüche ausgeschlossen sein sollten.

Nun ging es dem BGH zwar nicht um die hier behandelte Frage der Abgrenzung zwischen reinem Mietvertrag und Vertrag mit Obhutspflicht. In dem von ihm entschiedenen Fall bestand unzweifelhaft eine Bewachungspflicht des Unternehmers. Es besteht aber dennoch kein großer Unterschied zur hier behandelten Frage. Denn ob man eine Obhutspflicht übernimmt, aber die Haftung für ihre Verletzung ausschließt, oder ob man eine Obhutspflicht nicht übernimmt, macht für den Vertragspartner keinen Unterschied. Wenn der Unternehmer für die Verletzung der Obhutspflicht nicht haftet, kann er diese ohne jeden Nachteil vernachlässigen und so tun, als sei sie nicht vorhanden. Die Rechtsprechung des BGH bestätigt mithin die These, daß auch der Preis grundsätzlich als Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann.

Es muß allerdings bezweifelt werden, ob er als solches von großem Wert ist. Denn man kann aus dem Preis als solchem nicht auf den Umfang der Leistungspflicht des Unternehmers schließen. Eine Erkenntnis kann sich daher nur durch Vergleich mit den Preisen anderer Unternehmer ergeben. Es muß festgestellt werden, wie hoch die Preise vergleichbarer Unternehmen sind und was diese dafür bieten. Es ist dann die Folgerung zu ziehen, daß, wenn das betrachtete Unternehmen annähernd den gleichen Preis verlangt wie die anderen Unternehmen, es auch annähernd die gleiche Leistung bietet, daß es hingegen, wenn es abweichende Preise fordert, auch eine abweichende Leistung bietet.

Diese Fragen sehen einfach aus, sind aber im Einzelfall nicht leicht zu beantworten. Zunächst wird es in der Praxis schwierig sein, die Betriebskosten zu erfahren. Weiterhin ist zu bedenken, daß die Höhe des Preises auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht, die von vielerlei Faktoren beeinflusst ist:

Nachfrage nach Parkraum; Zahl und Art der sonstigen Parkmöglichkeiten in der Umgebung; Lage des Parkplatzes; Gründe der Benutzung des Parkplatzes; Verhalten der Konkurrenz; Zusammensetzung der Betriebskosten etc. Alle diese Faktoren fließen bewußt oder unbewußt in die Entscheidung des Unternehmers ein, wie hoch er mit seinem Preis gehen kann, ohne Benutzer zu verlieren.

Ein Preisvergleich zwischen Unternehmen müßte alle diese Faktoren berücksichtigen. Er müßte die Preise um diejenigen Unterschiede bereinigen, welche sich aus den Unterschieden solcher preisbildenden Faktoren ergeben, die mit der Frage, ob die Gegenleistung Obhut umfaßt oder nicht, nichts zu tun haben, so daß dann aus der Differenz der bereinigten Preise möglicherweise der Schluß auf verschiedene Gegenleistungen der Parkplatzunternehmer hinsichtlich der Obhutübernahme gezogen werden könnte.

Dieses Verfahren ist nicht nur unpraktikabel, es entspricht auch kaum den Erfordernissen des Rechtsverkehrs, der sich an klare Kriterien halten muß. Gleichwohl mag es im Einzelfall, wenn die Verhältnisse nicht zu kompliziert sind, zu einem Ergebnis führen.

Schließlich ist noch darauf einzugehen, ob sich, wie Schmidt²⁶⁾ behauptet, eine *V e r k e h r s s i t t e* gebildet hat, nach welcher beim Abstellen eines Kraftfahrzeuges auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz der Parteiwille in der Regel auf nur Überlassung eines Abstellplatzes zum Gebrauch gerichtet ist, nicht aber auf Bewachung oder Aufbewahrung des abgestellten Fahrzeuges. Für eine solche Verkehrssitte gibt es jedoch bisher keine Anhaltspunkte. Derzeit bestehen Parkplätze, auf denen bewacht oder verwahrt wird, und solche, auf denen nur vermietet wird, nebeneinander. Es kann daher nicht vermutet werden, daß die Leistung des Unternehmers nur in der Überlassung eines Abstellplatzes bestehe.

26) Schmidt, BB 70,1174.

Es ist Schmidt allerdings zuzugeben, daß die Tendenz mehr und mehr auf Vermietung ohne Obhutübernahme geht. Der Grund liegt darin, daß der Parkraum, zumal in den größeren Städten, dermaßen knapp wird, daß schon Überlassung eines Abstellplatzes für sich eine Gegenleistung ist, für die der Benutzer gern ein Entgelt entrichtet. Außerdem legen es Personalknappheit und das Bestreben nach Vermeidung von Personal-, Haftungs- und Versicherungskosten den Unternehmern nahe, ihre Gegenleistung auf die Überlassung eines Abstellplatzes zum Gebrauch zu beschränken. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß als Folge dieser Tendenz die sogenannten "Bewachten Parkplätze" allmählich verschwinden. Das Personal wird dann nur noch zum Kassieren des Entgelts da sein, sofern es nicht auch in dieser Funktion durch ein vollautomatisches Kassier- und Kontrollsystem ersetzt wird.

Solange jedoch die Übernahme einer Obhutspflicht durch den Parkplatzunternehmer noch durchaus in den Rahmen des üblichen fällt, kann eine Verkehrssitte, wonach die Parteien regelmäßig nur die Überlassung eines Abstellplatzes wollen, nicht festgestellt werden.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Parkplatzabstellvertrag ein reiner Mietvertrag sein kann, aber nicht notwendig sein muß. Es ist im Einzelfall eine Auslegung erforderlich, bei der die erwähnten Umstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen sind.

2. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Verwahrungsvertrag

Schuldet der Unternehmer aus einem Parkplatz-Abstellvertrag Obhut, so fragt sich, welchem Vertragstypus dieser Vertrag - im folgenden als Parkplatzbewachungsvertrag bezeichnet - zuzurechnen ist. Die wohl h.M. im Schrifttum und in der Recht-

sprechung nimmt Verwahrungsvertrag an²⁷⁾.

Ihr steht die Ansicht gegenüber, der Parkplatzbewachungsvertrag sei als gemischter Vertrag zu qualifizieren, der sich aus Elementen des Miet- und Dienstvertrages²⁸⁾ oder des Miet-, Dienst- und Verwahrungsvertrages²⁹⁾ zusammensetze.

Kennzeichen des Verwahrungsvertrages ist es, daß der Verwahrer eine "ihm übergebene" Sache aufbewahrt. Nur wenn das Fahrzeug dem Unternehmer übergeben wird, kann somit ein Verwahrungsvertrag vorliegen. Andernfalls kommt in der Tat ein aus Miet- und Dienstvertrags-elementen gemischter Vertrag in Betracht, während die Konstruktion eines aus Miet-, Dienst- und Verwahrungselementen gemischten Vertrages im Ansatz verfehlt ist³⁰⁾.

Die h.M. nimmt an, daß das abgestellte Fahrzeug dem Unternehmer übergeben wird. Dies wird jedoch entweder gar nicht oder nicht ausreichend begründet.

So geht Mäding³¹⁾ ohne weiteres davon aus, daß das Fahrzeug mit dem Abstellen übergeben sei und meint, die Übergabe sei jedoch ausgeschlossen, wenn der Benutzer im Fahrzeug sitzen bleibe - was sicher richtig ist. Wird dagegen das Fahrzeug verschlossen oder blockiert, so schließt das nach Mädings Ansicht die Übergabe nicht aus, auch wenn die Einwirkungsmöglichkeiten des Unternehmers auf das Fahrzeug damit begrenzt seien.

27) vgl. Mäding, DAR 51,17; Zeitlmann, VN 53,71; Weimar, VN 53,71; NJW 63,429; Staudinger-Nipperdey, 11.Aufl., § 688, RandNr.10; Schöpe, DAR 63,348; Aschenberg, VersR 64,1031; Soergel-Mühl, § 688, Anm.10; Soergel-Mezger, vor § 535, Anm.30; Geigel, Haftpflichtprozeß, Kap.28, RandNr.195; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, RandNr.850; Palandt-Putzo, vor § 535, Anm.2d; wohl auch Ruhkopf, VersR 67,10 und Hoffmann-Janssen-Krautschneider, Bewachungsgewerberecht, S.185. LG Göttingen, DAR 52,8; LG Köln, VersR 52,214; AG Hannover, DAR 53,155; LG Berlin, VersR 55,542; LG München, VersR 56,173.

28) Wintergerst, NJW 63,142; Neumann-Duesberg, VersR 68,313 ff.

29) LG Köln, VersR 62,1118. Der BGH, NJW 68,1718 hat die Streitfrage erwähnt, aber offen gelassen.

30) siehe dazu unten 2.Teil, 1.Abschnitt, I, 3. (S. 87 f.).

31) DAR 51,18.

Weimar³²⁾ meint einfach, wer willens sei, ein Kraftfahrzeug in Obhut zu nehmen, habe auch einen entsprechenden Besitzwillen. Nach Schöpe³³⁾ entspricht das Abstellen des Fahrzeugs auf einem zugewiesenen oder sonst freien Parkplatz der Übergabe.

Eingehender als die Vertreter der h.M. hat sich Neumann-Duesberg³⁴⁾ mit der Frage der Übergabe auseinandergesetzt. Er kommt - mit Argumenten, auf die noch einzugehen sein wird - zu dem Ergebnis, im Regelfall werde das Fahrzeug nicht übergeben.

Angesichts dieser kontroversen Auffassungen bedarf die Frage einer näheren Untersuchung.

Auszugehen ist von dem Begriff der "Übergabe". Darunter ist nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes die einverständliche Übertragung des unmittelbaren Besitzes an einer Sache zu verstehen³⁵⁾. Der Erwerber muß den unmittelbaren Besitz erlangen; der Übergeber muß ihn aufgeben und damit einverstanden sein. Sonst läge nicht Übergabe, sondern Abhandenkommen vor. Um den unmittelbaren Besitz zu erlangen, muß der Erwerber die Sachherrschaft über die Sache ausüben können und wollen³⁶⁾. Die Frage, ob der Unternehmer die Sachherrschaft ausüben kann, ist nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen. Nach dieser kommt es darauf an, ob zwischen dem Unternehmer und dem abgestellten Fahrzeug über eine gewisse Dauer eine räumliche Beziehung besteht, die es dem Unternehmer ermöglicht, beliebig auf das Fahrzeug einzuwirken

32) NJW 63,630.

33) DAR 63,349.

34) VersR 68,315 ff.

35) Westermann, Sachenrecht, S.70.

36) Soergel-Mühl, § 854, RandNr.4-7 m.V.; nach Westermann, Sachenrecht, S.69, ist kein Besitzgründungswille erforderlich. Es reiche aus, wenn die Sache in eine Organisation eingefügt werde, die üblicherweise eine Herrschaftssphäre darstelle; vgl. zu der Streitfrage Soergel-Mühl, a.a.O.

und Dritte von der Einwirkung auszuschließen³⁷⁾.

Eine räumliche und zeitliche Beziehung des Unternehmers zu dem Fahrzeug ist regelmäßig gegeben, da das Fahrzeug eine gewisse Zeit auf einem Platz abgestellt ist, welcher der Verfügungsgewalt des Unternehmers unterliegt und von ihm beaufsichtigt wird.

Diese Beziehung ermöglicht es dem Unternehmer bzw. dessen Personal, die Einwirkung Dritter einschließlich des Benutzers selbst auf das Fahrzeug auszuschließen. Das ist nach außen auch erkennbar.

Die Ausschließungsmöglichkeit bietet also keine Probleme. Anders steht es mit der Einwirkungsmöglichkeit. Hier ist zu bedenken, daß die Fahrzeuge verschlossen abgestellt werden, der Unternehmer den Schlüssel jedoch nicht erhält. Der Unternehmer kann daher das Fahrzeug nicht ohne weiteres aufschließen und in Betrieb setzen. Unmöglich ist ihm das jedoch nicht, sofern er über die erforderlichen Kenntnisse und Einrichtungen verfügt. Auch kann er das Fahrzeug abschleppen lassen. Der Unternehmer kann also nicht nur Dritte von der Einwirkung auf das Kraftfahrzeug ausschließen, sondern auch darauf einwirken. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Unternehmers sind zwar verhältnismäßig gering, da sie den Gebrauch des Fahrzeuges nicht mitumfassen. Zusammen mit den intensiven Ausschließungsmöglichkeiten sind sie aber dennoch ausreichend, die Sachherrschaft des Unternehmers und damit bei entsprechendem Willen dessen Besitz zu begründen. Denn es ist zu bedenken, daß die Einwirkungs- und Ausschließungsmöglichkeiten des Abstellers, der vom Unternehmer am Zugang zum Fahrzeug gehindert werden kann oder dem es verwehrt werden kann, das Fahrzeug zu entfernen, noch wesentlich geringer sind. Der Fahrzeugschlüssel nützt nur demjenigen, der zu einem Fahrzeug auch freien Zugang hat. Er verschafft seinem Besitzer nicht per se die tatsächliche Gewalt über das Fahrzeug.

37) Soergel-Mühl, § 854, RandNr.4-7; Staudinger-Seufert, § 854, RandNr.2; Erman-Westermann, § 854, RandNr.1, Palandt-Degenhart, § 854, Anm.1 a; Protokolle, Mugdan III, S.502.

Der Unternehmer kann somit die Sachherrschaft ausüben. Gegen dieses Ergebnis wendet sich Neumann-Duesberg³⁸⁾. Er meint, der Unternehmer erlange nicht die Sachherrschaft. Wer ein Kraftfahrzeug auf einer öffentlichen Straße aufstelle, bleibe unmittelbarer Besitzer; es sei nicht einzusehen, warum dies beim Abstellen auf einem bewachten Parkplatz anders sein solle. Die zusätzliche Beaufsichtigung führe nicht zum Verlust des unmittelbaren Besitzes. Eine Formel "Bewachung ist gleich tatsächlicher Gewalt" sei verfehlt. Auch eine Wach- und Schließgesellschaft werden nicht Besitzer der bewachten Gegenstände. Zudem sei die private Fahrzeugbewachung in der Regel unzulänglich. Neumann-Duesberg bezieht sich hier auf ein Strafurteil des OLG Celle³⁹⁾, in dem ausgeführt wird, die heute übliche private Fahrzeugbewachung biete keinen Schutz vor dem Zugriff Unbefugter. Er meint, diese "kriminologische Wirklichkeit" lasse die Ansicht, der Bewacher erlange Besitz an einem abgestellten Fahrzeug, lebensfremd erscheinen.

Die Argumente Neumann-Duesbergs überzeugen nicht:

Es trifft zwar zu, daß ein Kraftfahrer Besitzer seines Fahrzeuges auch dann bleibt, wenn er es auf einer öffentlichen Straße geparkt hat⁴⁰⁾. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß dies auch so sein müsse, wenn der Kraftfahrer das Fahrzeug auf einem bewachten Parkplatz abstellt. Denn der Parkplatz steht im Besitz des Unternehmers und wird von ihm beaufsichtigt. Das ist nach außen erkennbar. Der Parkplatz gehört somit zum Macht- und Einflußbereich des Unternehmers. Der Unternehmer kann die Sachherrschaft ausüben. All das ist beim Parken auf öffentlichen Straßen nicht der Fall.

Wenn Neumann-Duesberg meint, der Absteller müsse den Besitz nicht dadurch verlieren, daß sein Fahrzeug beaufsichtigt werde,

38) Neumann-Duesberg, VersR 68,315.

39) OLG Celle, Nds Rechtspflege 55,18.

40) vgl. Baur, Sachenrecht, S.49.

so ist das richtig. Es sagt aber nicht, daß der Unternehmer den Besitz nicht erwerben kann. Nicht die Beaufsichtigung beeinflußt die Besitzlage, sondern die Änderungen in den Beziehungen zu dem Fahrzeug, die sich anlässlich der Beaufsichtigung ergeben.

Der Hinweis auf Wach- und Schließgesellschaften ist verfehlt, da solche Gesellschaften hauptsächlich Grundstücke und Gebäude bewachen, nicht aber Fahrzeuge. Daß sie an Grundstücken keinen Besitz erlangen, mag zutreffen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, der Parkplatzunternehmer erlange nicht den Besitz an dem abgestellten Fahrzeug. Denn das Fahrzeug wird, wie ausgeführt wurde, in den Macht- und Einflußbereich des Unternehmers gebracht, während der Bewacher eines Gebäudes sich zu diesem hinbegibt,

Schließlich läßt sich auch aus der kriminologischen Wirklichkeit kein Schluß auf die Sachherrschaft ziehen: Wenn keine Sicherheit vor dem Zugriff Unbefugter besteht, so bedeutet das nicht, daß die Sachherrschaft des Unternehmers ausgeschlossen wäre. Denn die Zugriffsgefahr besteht völlig unabhängig davon, ob und in wessen tatsächlicher Gewalt sich die Sache befindet. Wäre der Schluß Neumann-Duesbergs richtig, so müßte man auch in dem von ihm gegebenen Beispiel, daß jemand sein Fahrzeug auf einer öffentlichen Straße parkt, annehmen, daß er die tatsächliche Gewalt in dem Augenblick verliert, in dem er sich entfernt und das Fahrzeug dem Zugriff Unbefugter ausgesetzt ist.

Neumann-Duesbergs Bedenken sind somit unberechtigt.

Es ist nun zu fragen, ob der Unternehmer auch den nach außen erkennbaren Willen zur Ausübung der Sachherrschaft hat. Die h.M. bejaht dies⁴¹⁾, während Neumann-Duesberg den Willen nur in Ausnahmefällen annehmen will⁴²⁾.

41) vgl. Mäding, DAR 51,18; Weimar, NJW 63,630; Schöpe, DAR 63,349.

42) VersR 68,315.

Der Wille des Unternehmers, die Sachherrschaft auszuüben, ist erkennbar, wenn aus der Gestaltung des Parkplatzes und des Benutzungsvorganges ersichtlich ist, daß der Unternehmer sich vorbehält, zu entscheiden, ob er der Entfernung des Fahrzeugs durch einen Dritten zustimmt, und daß er die Wegnahme des Fahrzeugs ohne seine Zustimmung verhindern will. Nicht trifft dies z.B. zu, wenn der Benutzer bereits beim Abstellen das Entgelt zahlt und das Fahrzeug dann, ohne kontrolliert zu werden, abholen kann. Dagegen trifft es zu, wenn der Abholende sich über seine Berechtigung ausweisen muß, etwa, indem er den Parkschein vorweist⁴³⁾; ebenso, wenn das Entgelt erst bei Abholung zu entrichten ist, und der Unternehmer sich daher erkennbar ein Zurückbehaltungsrecht ab dem Fahrzeug vorbehält, das er durch sein Personal oder durch technische Vorrichtungen, wie Sperren und Schranken ausüben kann⁴⁴⁾. Der Benutzer verliert dann den unmittelbaren Besitz völlig und wird nicht etwa Mitbesitzer: Wenn der Unternehmer den Kontrollwillen hat, behält er es sich vor, j e d e Person an der Entfernung des Fahrzeugs ohne seine Einwilligung zu hindern, u.U. also auch den Benutzer. Auch diesem gegenüber sollen die Besitzschutzrechte Platz greifen. Der Fall des § 866 BGB liegt daher nicht vor.

Letzte Voraussetzung der Übergabe ist der Besitzübertragungswille des Benutzers. Entscheidend ist nicht der innere, sondern der nach außen erkennbar gewordene Wille. Ein solcher erkennbarer Besitzübertragungswille ist stets gegeben, wenn

43) Ähnlich Neumann-Duesberg, VersR 68,315: Der Besitzwille könne sich u.a. aus dem Umfang der Sicherungsmaßnahmen gegen Diebstähle ergeben.

44) Genauso liegt es übrigens auch bei den Abstellplätzen, auf welche die von der Polizei abgeschleppten Fahrzeuge gebracht werden. Dort werden die Fahrzeuge in der Regel nur gegen Erstattung der Abschleppkosten etc. herausgegeben, also ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt.

der Benutzer das Fahrzeug auf einem Parkplatz abstellt, der nach seiner Einrichtung in Verbindung mit der Gestaltung des Benutzungsvorgangs erkennen läßt, daß der Unternehmer die Sachherrschaft über die abgestellten Fahrzeuge ausüben kann und will.

Es zeigt sich somit, daß der Parkplatzbewachungsvertrag weder mit der h.M. generell als Verwahrungsvertrag qualifiziert werden kann, noch kann dies mit Neumann-Duesberg generell abgelehnt werden. Es kommt vielmehr auf die vertragsgemäße Besitzlage an, die verschieden sein kann und aus den Umständen des Einzelfalles zu ermitteln ist. Unmittelbarer Besitz des Unternehmers kann angenommen werden, wenn eine Kontrolle stattfindet, ob derjenige, der das Fahrzeug vom Parkplatz abholt, dazu auch berechtigt ist, oder wenn der Unternehmer sich erkennbar ein Zurückbehaltungsrecht vorbehält. Der Benutzer ist dann mittelbarer Besitzer, § 868 BGB. -

Andernfalls bleibt der Benutzer unmittelbarer Besitzer des Fahrzeugs. Wenn der Benutzer den Besitz vorübergehend nicht ausüben kann, so läßt dies den Besitz nicht entfallen, § 856 II BGB. Erwirbt der Unternehmer den unmittelbaren Besitz, so ist der Parkplatzbewachungsvertrag als Verwahrungsvertrag zu qualifizieren.

3. Der Parkplatzbewachungsvertrag als gemischter Vertrag

Begründet ein Parkplatz-Abstellvertrag Pflichten des Unternehmers zur Gewährung des Gebrauchs an einem Abstellplatz und zur Obhut, ist dem Unternehmer das Fahrzeug aber nicht übergeben worden, so liegt, wie ausgeführt wurde, ein Verwahrungsvertrag nicht vor. Die Frage ist, wie ein solcher Parkplatzbewachungsvertrag qualifiziert werden kann.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung⁴⁵⁾ soll der Parkplatzbewachungsvertrag ein aus Elementen des Miet-

45) Wintergerst, NJW 63,142; Neumann-Duesberg, VersR 68, 313 ff.

vertrags und des Dienstvertrags gemischter Vertrag sein. Das Mietelement liegt nach dieser Auffassung in der Überlassung des Abstellplatzes zum Gebrauch, das dienstvertragliche Element in der Gewährung von Obhut.

Eine abweichende Auffassung findet sich in einem Urteil des LG Köln⁴⁶⁾: Der Parkplatzbewachungsvertrag sei ein aus Elementen des Miet-, Dienst- und Verwahrungsvertrages gemischter Vertrag. Das Verwahrungselement liege in der Übergabe des Fahrzeugs an den Wächter zur Bewachung.

Gegen die Annahme eines miet- und eines dienstvertraglichen Elementes bestehen keine Bedenken. Das Mietelement liegt darin, daß sich der Unternehmer verpflichtet, dem Benutzer den Gebrauch eines Abstellplatzes für eine bestimmte Zeit zu gewähren. Das dienstvertragliche Element liegt in der Obhut.

Unhaltbar ist dagegen die Auffassung, es könne auch ein gemischter Vertrag vorliegen, der neben miet- und dienstvertraglichen Elementen auch solche des Verwahrungsvertrages enthalte. Denn Raumgewährung, Obhutspflicht und Übergabe, welche das LG als Elemente des gemischten Vertrages ansieht, sind eben gerade die Tatbestandsmerkmale des Verwahrungsvertrags. Die Pflicht zur Raumgewährung, die dem Verwahrungsvertrag immanent ist - irgendwo muß der Verwahrer die übergebene Sache ja unterbringen - und die Obhutspflicht sind dabei in der Verpflichtung, "aufzubewahren" i.S. von § 688 BGB enthalten. Beim Zusammentreffen der drei genannten Elemente liegt daher ein Verwahrungsvertrag vor. Für die Annahme eines gemischten Vertrages ist deshalb kein Raum⁴⁷⁾. Die Auffassung des LG Köln hat, soweit ersichtlich, auch nirgends Zustimmung gefunden.

46) LG Köln, VersR 62,1118. Der BGH, NJW 68,1718 hat die Streitfrage erwähnt, aber offen gelassen.

47) so auch Neumann-Duesberg, VersR 68,316; Aschenberg, VersR 64,1032.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten: Ist der Parkplatzbewachungsvertrag kein Verwahrungsvertrag, weil es an einer Übergabe fehlt, so ist er als gemischter Miet- und Dienstvertrag anzusehen.

4. Der Parkplatz-Abstellvertrag als Dienstvertrag

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß ausnahmsweise der Parkplatzbewachungsvertrag reiner Dienstvertrag sein kann, nämlich dann, wenn zu den Pflichten des Unternehmers zwar die Obhut, nicht aber die Gewährung des Gebrauchs eines Abstellplatzes gehört. Das ist, wie oben ausgeführt wurde, der Fall, wenn der Benutzer die Abstellplätze ohnehin kraft öffentlichen Rechts oder privater Gestattung benutzen darf. In diesem Fall ist die Obhutspflicht die einzige Pflicht des Unternehmers. Der Tatbestand des § 611 BGB ist daher erfüllt.

II. Der Sammelgaragen-Abstellvertrag

Beim Vertrag über das Abstellen eines Kraftfahrzeugs in einer Sammelgarage nimmt die Rechtsprechung einhellig eine Obhutspflicht des Unternehmers an, wobei der Vertrag teils als Verwahrungsvertrag⁴⁸⁾, teils als Mietvertrag, aus dem eine Obhutspflicht als Nebenpflicht bestehe⁴⁹⁾, angesehen wird.

48) so OLG Rostock, RdK, 37,127; OLG Hamburg, RdK, 33, 128; OLG Dresden, JW 31,892; OLG München, VersR 59,74, mit zust.Anm. Bauer, VersR 60,359; OLG Hamburg, VersR 60,330; OLG Köln, VersR 63,642; AG Frankfurt/Main, VersR 65,1063; wohl auch OLG Düsseldorf, MDR 50,758.

49) KG VersR 62,530; 68,440. Eine nur scheinbare Ausnahme von der Einhelligkeit der Rechtsprechung hinsichtlich der Obhutspflicht bildet das Urteil des LG Mannheim, DAR 58,328. Es ging hier um die Anwendung der Kündigungsschutzklausel nach dem Geschäftsraummietengesetz. Auf Grund zugrundegelegter AGB gelangte das LG zu dem Ergebnis, es liege weder Verwahrung noch eine Obhutspflicht als Nebenpflicht aus dem Mietvertrag vor. Daher sei das Geschäftsraummietengesetz zugunsten des Mieters anwendbar. - Im übrigen liegt nach dem Urteilstext die Annahme nahe, daß das Fahrzeug verschlossen aufgestellt wurde und der Mieter den Schlüssel behielt, also gar keine Sammelgarage im Sinne der auf S.12 gegebenen Begriffsbestimmung vorlag.

Soweit für die Annahme eines Verwahrungsvertrages eine Begründung gegeben wird, beschränkt sich diese darauf, daß der Absteller erkennbar nicht nur einen Parkplatz erlangen, sondern sein Fahrzeug auch in Obhut geben wolle⁵⁰⁾.

Die Annahme einer Nebenpflicht aus Mietvertrag wird damit begründet, daß der Vermieter hier den Besitz an den Sachen des Mieters erlange⁵¹⁾.

Wenn auch diese Begründungen einer Obhutspflicht recht unerheblich sind, so ist die Ansicht der Rechtsprechung, es bestehe eine Obhutspflicht, doch zutreffend. Sie hat auch, soweit ersichtlich, keinen Widerspruch gefunden.

Der wesentliche Gesichtspunkt, welcher unausgesprochen die Entscheidungen tragen dürfte und nur in den erwähnten Entscheidungen des Kammergerichts⁵²⁾ anklingt, ist der, daß der Unternehmer durch den Besitz der Fahrzeugschlüssel die unumschränkte tatsächliche Verfügungsgewalt über das abgestellte Fahrzeug erlangt und damit dem Benutzer die Möglichkeit genommen ist, sich selbst um die Sicherheit des Fahrzeugs zu kümmern und dafür zu sorgen, daß es stets verschlossen bleibt und so aufgestellt wird, daß das Risiko einer Beschädigung oder Entwendung gering gehalten wird.

Diese Sachlage verlangt, daß mit der Verfügungsgewalt auch das wirtschaftliche Risiko eines auf der Verletzung der Sorgfalt beruhenden Schadens auf den Garagenunternehmer übergeht⁵³⁾. Solange dagegen der Absteller selbst über das Fahrzeug verfügt, ist es gerechtfertigt, daß er allein das Schadensrisiko trägt, da er allein es in der Hand hat, es

50) AG Frankfurt/Main, VersR 65,1063 (vgl. auch oben, Anm.22).

51) KG, VersR 68,441.

52) KG, VersR 62,530; 68,440.

53) ähnlich Soergel-Mezger, vor § 535, Anm.30: Es werde häufig eine Aufsichtspflicht Inhalt des Vertrages sein, weil dem Kraftfahrer die eigene Fürsorge erschwert oder unmöglich sei.

auszuschalten⁵⁴⁾.

Die gewonnene Auffassung wird durch die Überlegung bekräftigt, daß die Schlüsselübergabe in aller Regel im Interesse des Unternehmers erfolgt; er wird dadurch in die Lage versetzt, mit den abgestellten Fahrzeugen zu rangieren und so die vorhandenen Abstellflächen optimal auszunutzen. Ein Interesse des Benutzers an der Schlüsselübergabe ist dagegen nur in dem hier nicht zu behandelnden, nach anderen Grundsätzen zu beurteilenden Fall gegeben, daß Arbeiten an dem abgestellten Fahrzeug ausgeführt werden sollen.

Für Sammelgaragen ist also im Ergebnis festzuhalten, daß der Unternehmer dem Aussteller stets Obhut über das abgestellte Fahrzeug schuldet⁵⁵⁾.

Da somit der Sammelgaragen-Abstellvertrag den Unternehmer zu Raumgewährung und Obhut verpflichtet und das Fahrzeug übergeben wird, erfüllt der Vertrag den Tatbestand des § 688 BGB und ist daher als Verwahrungsvertrag zu qualifizieren.

Nur in Ausnahmefällen, wenn sich in der Vereinbarung oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anhaltspunkte finden, mag der Sammelgaragen-Abstellvertrag auch als Mietvertrag mit Obhutsnebenpflicht anzusehen sein. Die Regel kann dies jedoch nicht sein. Denn die Verbindung von Raumgewährung, Obhutspflicht und Übergabe macht gerade das Wesen des Verwahrungsvertrages aus, während sie für einen Mietvertrag untypisch ist.

54) entsprechend dem Grundsatz "casum sentit dominus", vgl. Rother, S.87.

55) Der Sammelgaragenunternehmer ist dem Benutzer gegenüber aus dem Vertrag insbesondere verpflichtet, den unbefugten Gebrauch abgestellter Fahrzeuge durch Angestellte oder Dritte (sog. "Schwarzfahrten") zu verhindern, vgl. OLG Düsseldorf, MDR 57,758. Dritten gegenüber besteht eine Pflicht gleichen Inhalts aus § 823, vgl. OLG München, VersR 59,74; OLG Hamburg, VersR 60,330; BGH, VersR 60,321. Vgl. ferner BGH NJW 65,1709 (Haftung eines Hotelunternehmens gegenüber einem Gast für die Schwarzfahrt eines Angestellten bei Verbringung des Fahrzeugs des Gastes in eine Sammelgarage auf Grund des Beherbergungsvertrages). Vgl. ferner OLG Bremen, VersR 69,524 mit zust.Anm. von Koenig, VersR 71,210: Der Inhaber einer Kfz-Werkstätte haftet für Abhandenkommen eines Fahrzeugs, das ihm^a zur Reparatur übergeben und unverschlossen in seinem Hof aufgestellt wurde.

III. Der Parkhaus-Abstellvertrag

Wie bereits ausgeführt wurde, ist der Unterschied zwischen Sammelgarage und Parkhaus der, daß bei der Sammelgarage der Wagenschlüssel im Fahrzeug verbleibt oder dem Unternehmer übergeben wird, während beim Parkhaus der Benutzer das Fahrzeug verschließt und den Schlüssel mit sich nimmt. Demgemäß ist der Benutzungsvorgang beim Parkhaus durch eine bei der Sammelgarage nicht in diesem Maß anzutreffende Anonymität gekennzeichnet: Ein Kontakt mit dem Parkhauspersonal findet, wenn überhaupt, nur bei der Einfahrt oder an der Kasse statt. Er hat keinerlei persönliches Gepräge, sondern beschränkt sich auf das Kassieren des Entgelts und die Prüfung des Parkscheins durch den Unternehmer. Das Parkhauspersonal beaufsichtigt die Abstellräume nicht. Der Benutzer wie auch jede andere Person kann unbemerkt kommen und gehen. Zumeist weiß das Parkhauspersonal nicht einmal, wo das Fahrzeug eines Benutzers abgestellt ist.

Die Meinungen darüber, welchem Vertragstypus der Parkhaus-Abstellvertrag zuzurechnen ist, sind in Rechtsprechung und Literatur geteilt. Nach einer Meinung⁵⁶⁾ ist der Parkhaus-Abstellvertrag ein Verwahrungsvertrag oder auch ein Mietvertrag mit Obhutsnebenpflicht. Nach der anderen, in letzter Zeit stärker vertretenen Meinung handelt es sich um einen reinen Mietvertrag⁵⁷⁾. Der BGH⁵⁸⁾ hat die Frage des Vertragscharakters offen gelassen und ausgesprochen, eine Obhutsnebenpflicht bestehe jedenfalls dann nicht, wenn der Unternehmer den Benutzern ausreichenden Sachversicherungsschutz verschaffe.

Ruhkopf⁵⁹⁾ stützt seine Ansicht, den Parkhausunternehmer

56) OLG Köln, VersR 64,858 mit zust.Anm. Aschenberg, VersR 64,1031, Ruhkopf, VersR 67,11 ff.

57) LG Bremen, NJW 70,2064; ebenso Gülleemann, NJW 72,889.

58) BGH, NJW 72,151.

59) VersR 67,11 ff.

treffe eine Obhutspflicht, hauptsächlich auf die Entscheidung des BGH im sogenannten "Kühlhausfall"⁶⁰⁾. Ein Kühlhausunternehmer hätte Kühlzellen zum Einfrieren von Schlachtgeflügel vermietet. Die Kühlzellen befanden sich in einem sog. "Wildhaus". Sie waren durch Lattenzäune abgeteilt und wurden von den Mietern durch eigene Schlösser an den Lattentüren gesichert. Wer in das Kühlhaus wollte, hatte sich beim Heizer auszuweisen und in ein Kontrollbuch einzutragen. Der Heizer schloß dann das Wildhaus auf. Dies tat er auch für einen ihm unbekannten Mann der sich zwar in das Kontrollbuch eintrug, aber nicht über seine Zutrittsberechtigung auswies. Der Unbekannte erbrach das Schloß einer Kühlzelle und entwendete Geflügel.

Der BGH nahm eine vertragliche Nebenpflicht des Kühlhausunternehmers an, den Eingang des Kühlhauses verschlossen zu halten und den Eintritt Unbefugter zu verhüten. Der Unternehmer werde von dieser Pflicht auch nicht dadurch befreit, daß er nach dem Mietvertrag die Kühlräume nicht bewachen zu lassen brauche, es vielmehr Sache der Mieter sei, diese abzuschließen und die Waren darin zu versichern. Der BGH begründet die Annahme der Nebenpflicht damit, daß die Mieter nach der Einrichtung des Kühlhauses - keine festen Räume, sondern nur Lattenverschläge - die gemieteten Kühlzellen nur unvollkommen schützen könnten, daher das Wildhaus verschlossen gehalten werden mußte. Der Unternehmer als Besitzer des Schlüssels habe sich daher über die Zutrittsberechtigung von Personen, die Einlaß begehrten, vergewissern müssen. Finanzielle Gründe, die eine solche Pflicht hätten unbillig erscheinen lassen können, hätten nicht vorgelegen, da zur Erfüllung der Pflicht keine erheblichen finanziellen Aufwendungen nötig gewesen wären.

Ruhkopf will von dieser sicerlich richtigen Entscheidung die Parallele zu Parkhäusern ziehen, "weil auch von diesen in der Regel Sicherungsmaßnahmen nicht getroffen" würden und daher eine Obhutspflicht des Parkhausunternehmers bejahen⁶¹⁾.

60) BGH LM § 535 BGB Nr.2 = VersR 52,87.

61) VersR 67,11.

Dagegen bestehen jedoch Bedenken. Zunächst kann aus dem Umstand, daß Sicherungsmaßnahmen **n i c h t** getroffen werden, nicht auf das Bestehen einer Obhutspflicht geschlossen werden. Näher liegt der gegenteilige Schluß: Wenn keine Sicherungsmaßnahmen getroffen werden und dies dem Benutzer bei Vertragsabschluß bekannt ist, so spricht das gerade gegen Annahme einer Obhutspflicht, da der Benutzer durch sein Verhalten zeigt, daß er mit dem Abstellen des Kraftfahrzeuges auch ohne Sicherungsmaßnahmen einverstanden ist, das Fehlen der Sicherungsmaßnahmen aber erkennen läßt, daß Obhut nicht gewollt ist.

Ausschlaggebend spricht ferner gegen Ruhkopfs Ansicht, daß sich der Grundgedanke der "Kühlhaus"-Entscheidung nicht im Wege der Analogie auf die Sachlage beim Abstellen von Kraftfahrzeugen in Parkhäusern übertragen läßt, da diese von dem der "Kühlhaus"-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt in wesentlichen Punkten abweicht.

Der Grundgedanke der "Kühlhaus"-Entscheidung ist, daß der Vermieter die wertvollen und **u n g e s c h ü t z t e n** Sachen seines Mieters sichern muß, wenn dieser dazu nicht in der Lage ist und die Sicherung ohne Schwierigkeiten und besondere Aufwendungen erfolgen kann.

Im Parkhaus abgestellte Kraftfahrzeuge sind jedoch keine ungeschützten Sachen. Die Fahrzeuge sind abgesperrt. Die Absperrvorrichtungen geben einen wenn auch nicht vollkommenen Schutz gegen Diebstahl des Fahrzeugs oder seines Inhalts. Dieser Schutz reicht immerhin aus, auch das Abstellen des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen zu gestatten, ohne daß eine große Wahrscheinlichkeit des Diebstahls besteht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Abstellen des Kraftfahrzeugs im Parkhaus und auf öffentlicher Straße besteht ~~somit~~ insoweit nicht. In beiden Fällen kann man die Fahrzeuge nicht als ungeschützt ansehen.

Der BGH hat überdies im Kühlhausfall die Einschränkung gemacht, daß eine Obhutspflicht jedenfalls dann bestehe, wenn ihre Erfüllung keine erheblichen finanziellen Aufwendungen mit sich bringe. Gerade das trifft aber auf Parkhäuser nicht zu. Die zur Erfüllung einer Obhutspflicht erforderlichen Kontrollen erfordern erhebliche Aufwendungen für Überwachungspersonal und -einrichtungen, wie Fernsehkontrollgeräte etc.

Die Entscheidung des BGH im "Kühlhausfall" kann Ruhkopfs Ansicht, den Parkunternehmer treffe eine Obhutspflicht, somit nicht tragen.

Ruhkopf nennt weiter das Urteil des BGH vom 30.6.56⁶²⁾.

Es betraf einen Fall, in welchem ein Gerichtsvollzieher ein gepfändetes Fahrzeug in einer Autoreparaturwerkstätte unterstellte. Da versäumt wurde, das Kühlwasser abzulassen, entstand durch Frosteinwirkung ein Riß im Motorblock des Fahrzeugs.

Der BGH gelangte durch Auslegung des Wortlauts der Vertrags- erklärungen zur Annahme eines Mietvertrages. Er schloß nicht aus, daß nach der Verkehrsauffassung eine Fürsorgepflicht zur Vornahme einzelner Verrichtungen bestehen könne, deutete jedoch an, daß die Eigenart des Falles einer solchen Annahme entgegenstehe. Die Eigenart des Falles bestand darin, daß die Absteller das Kühlwasser nicht selbst abgelassen hatten, sie nicht abwarten wollten, bis für das Fahrzeug ein Platz in der Halle freigemacht worden war und daher dem Werkstätteninhaber den Fahrzeugschlüssel übergeben hatten.

Auch aus diesem Urteil kann nichts für das hier behandelte Problem, ob den Parkhausunternehmer eine Obhutspflicht treffe, gewonnen werden:

Der Streit drehte sich nicht um die Übernahme einer Obhutspflicht im Sinn einer Bewachungspflicht, sondern um die Pflicht, das Kühlwasser abzulassen, also eine Pflicht zur

62) VersR 56,622.

technischen Wartung des Fahrzeugs. Eine solche Pflicht des Unternehmers scheidet beim Parkhaus von vornherein aus. Weder wird vom auf Massenbetrieb eingestellten Parkhausunternehmer erwartet, daß er sich um den technischen Zustand eines Fahrzeuges kümmert, noch ist er - ohne Fahrzeugschlüssel - dazu in der Lage. Eine Obhutspflicht im Sinn einer Bewachungspflicht des Werkstätteninhabers wäre dagegen nach den Grundsätzen über die Obhutspflicht bei Sammelgaragen im Hinblick auf die Schlüsselübergabe ohne weiteres zu bejahen gewesen.

Sowohl die - nicht klar entschiedene-Rechtsfrage wie auch der Sachverhalt unterscheiden sich somit so wesentlich von der Sachlage beim Abstellen eines Kraftfahrzeuges in einem Parkhaus, daß jede Möglichkeit einer Analogie ausscheiden muß.

Das gleiche gilt für das von Ruhkopf erwähnte dritte Urteil des BGH⁶³⁾. Hier wurde vereinbarungsgemäß der Wagenschlüssel übergeben oder im Fahrzeug gelassen, ein Umstand, der geeignet ist, eine Obhutspflicht zu begründen, jedoch bei Parkhäusern nicht vorliegt. Die Begründung, die Ruhkopf für seine Ansicht gibt, überzeugt also nicht. Weitere Argumente, die für Ruhkopfs Ansicht anzuführen wären, sind nicht ersichtlich.

Die besseren Gründe sprechen für die Gegenmeinung, derzufolge der Parkhaus-Abstellvertrag mangels besonderer Vereinbarungen als Mietvertrag zu qualifizieren ist, aus dem keine Obhutspflicht des Unternehmers folgt. Denn eine Obhutspflicht des Unternehmers könnte mangels ausdrücklicher Vereinbarung nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herzuleiten sein. Es ist aber nicht einzusehen, warum es Treu und Glauben widersprechen soll, wenn der Parkhausunternehmer keine Obhut übernimmt.

Zunächst ist zu bedenken, daß anders als bei der Sammelgarage der Unternehmer den Wagenschlüssel nicht erhält. Damit entfällt

63) VersR 62,644.

für Parkhäuser der Gesichtspunkt, daß bei einer unbeschränkten tatsächlichen Verfügungsgewalt des Unternehmers über das abgestellte Fahrzeug ihn gerechterweise eine Obhutspflicht treffen müsse.

Weiterhin kann kein Zweifel sein, daß die wirtschaftliche Funktion der Parkhäuser nur in der Bereitstellung von Parkraum besteht. Parkhäuser sind, wie Güllemann⁶⁴⁾ zu Recht bemerkt, "funktioneller Ersatz für öffentlichen Parkraum". Das folgt einmal daraus, daß sie sich nur an Orten finden, an denen großer Parkraumbedarf besteht, vor allem in den Zentren größerer Städte (wogegen sich bewachte Parkplätze auch an Orten finden, wo keine Parkraumnot besteht, z.B. an Flugplätzen). Es zeigt sich auch darin, daß Parkhäuser allgemein erst entstanden sind, als die Parkraumnot zu einem Problem geworden war. Erst zu diesem Zeitpunkt konnte man mit der Auslastung und damit mit der Rentabilität von Parkhäusern rechnen und es daher wagen, auf teuren Innenstadgrundstücken aufwendige, mehrstöckige Gebäude zu errichten. Die Annahme, daß Parkhäuser nichts anderes als funktioneller Ersatz für öffentlichen Parkraum sind, wird durch den Benutzungsvorgang bei Parkhäusern bestätigt.

Wie das LG Bremen zu Recht feststellt⁶⁵⁾, ist dieser durch eine Anonymität gekennzeichnet, die eine Ähnlichkeit zwischen dem Abstellen eines Fahrzeugs in einem Parkhaus und auf offener Straße begründet, in welcher letzterem Fall Obhut für das Fahrzeug weder übernommen noch erwartet wird.

Weiterhin läßt sich gegen die Annahme einer Obhutspflicht das "Preisargument" ins Feld führen: Die Parkhausunternehmer sind darauf angewiesen, die Kosten niedrig zu halten, da die Preise der Parkhäuser auch bei knapper Kalkulation im Vergleich zu denen der Parkplätze und zu den Parkuhrgebühren infolge des in den Innenstädten teuren Bodens und der hohen

64) NJW 72,889.

65) so auch LG Bremen, NJW 70,2065.

Baukosten relativ hoch ausfallen. Eine Obhutspflicht würde aber zu Kosten führen, die auf diese Preise abgewälzt würden und damit von den Benutzern zu tragen wäre⁶⁶⁾.

Nach dem Gesagten liegt es nahe, davon auszugehen, daß der Parkhaus-Abstellvertrag als Mietvertrag ohne Obhutspflicht zu qualifizieren ist. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn diese Annahme für den Benutzer zu unerträglichen Konsequenzen führen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Für den Benutzer stellt sich das Parken im Parkhaus als Ersatz für das nicht mögliche Parken auf öffentlichen Straßen dar, das noch dazu regelmäßig den Vorteil mit sich bringt, daß das Fahrzeug vor der Witterung geschützt ist. Als Nachteil muß der Benutzer allerdings neben der Zahlung des Parkentgelts das Risiko einer etwas größeren Diebstahlsgefahr hinsichtlich des Fahrzeuginhalts in Kauf nehmen⁶⁷⁾ als beim Parken auf öffentlichen Straßen, da sich in den Parkhäusern nicht nur weniger Menschen aufhalten als auf den öffentlichen Straßen, sondern auch der Zutritt unbemerkt erfolgen kann und sich Diebe zwischen den geparkten Fahrzeugen notfalls unschwer verbergen können. Wie das LG Bremen zu Recht feststellt, ist dieses Risiko aber für den Benutzer nicht unerträglich⁶⁸⁾. Die starke Benutzung der Parkhäuser beweist, daß es von den Kraftfahrern auch nicht so empfunden wird.

Es ergibt sich somit, daß der Parkhaus-Abstellvertrag im Zweifel als Mietvertrag ohne Obhutspflicht zu qualifizieren ist.

66) Ähnlich BGH, NJW 72,152, linke Spalte.

67) Nach einem von der Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter mit dem Bundeskriminalamt herausgegebenen Merkblatt zur Verhütung von Autodiebstählen mit dem Titel "Die Kriminalpolizei rät Ihnen: Lassen Sie den Autodieb abfahren" haben sich die Autodiebe mehr und mehr auf Parkplätze in Ausflugsorten und Parkhäuser spezialisiert.

68) LG Bremen, NJW 70,2064.

Dieses Ergebnis wird durch den üblichen Inhalt ausdrücklicher Vereinbarungen bestätigt: Soweit in Parkhäusern Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden, findet sich in diesen regelmäßig eine Bestimmung, die klarstellt, daß keine Obhut gewährt wird⁶⁹⁾.

Dieses Ergebnis deckt sich nicht ganz mit der Rechtsprechung des BGH. Dieser hat sich, wie bereits erwähnt, auf den Standpunkt gestellt, der Parkhausunternehmer sei zur Bewachung nur dann nicht verpflichtet, wenn er dem Benutzer ausreichenden Versicherungsschutz verschaffe. Der Benutzer habe "billigerweise" einen Anspruch auf angemessenen, nicht jedoch vollen Versicherungsschutz gegen Diebstahl und Beschädigung des Fahrzeuges⁷⁰⁾.

Güllemann⁷¹⁾ hat demgegenüber darauf hingewiesen, daß ein gesetzlicher Zwang zum Abschluß einer solchen Versicherung nicht bestehe, da Parkhausunternehmer mangels gewerbsmäßiger Bewachung nicht der Bewachungsverordnung unterlägen. Darin ist Güllemann von der hier vertretenen Ansicht, der Parkhaus-Abstellvertrag sei ein Mietvertrag, aus beizupflichten. Freilich widerlegt dies die These des BGH nicht. Der BGH hat seine These nicht auf die BewachungsVO gestützt und diese auch nicht analog angewendet. Seine These deckt sich auch inhaltlich nicht mit der BewachungsVO. Nach dieser besteht Versicherungspflicht, wenn bewacht wird. Nach dem BGH besteht Versicherungspflicht gerade dann, wenn n i c h t bewacht wird.

Güllemann ist weiter der Ansicht, durch die These des BGH werde für den Parkhausunternehmer ein mittelbarer Abschlußzwang statuiert, da an den Nichtabschluß der Versicherung mögliche Schadensersatzpflichten geknüpft würden. Diese Sanktion sei unangemessen. Es sei nicht einzusehen, weshalb

69) siehe dazu unten 2. Teil, 3. Abschnitt, II. (S. 136 ff.)

70) BGH, NJW 72, 152.

71) NJW 72, 893.

dem Kunden bei Beschädigung oder Verlust seines Fahrzeugs, die nicht auf einer konkreten zurechenbaren Pflichtverletzung des Unternehmers oder seines Personals beruhten, bereits Schadensersatzansprüche zugiebilligt würden. Vielmehr genüge es, beim Fehlen von Versicherungsschutz dem Unternehmer die Berufung auf die Freizeichnungsklausel zu versagen und stattdessen die dispositiven zivilrechtlichen Haftungsnormen anzuwenden.

Diese Ausführungen Güllemanns sind teilweise unklar. Wenn der Parkhaus-Abstellvertrag ein Mietvertrag ist - und auch Güllemann sieht ihn als solchen -, dann existieren keine dispositiven Haftungsnormen, nach welchen der Parkhausunternehmer für Schäden haften müßte, die durch Dritte verursacht wurden. Was nicht existiert, kann nicht angewendet werden.

Im Ergebnis freilich hat Güllemann in die richtige Richtung gewiesen: Die These des BGH ist nicht nur fraglich, sie ist unhaltbar. Zunächst ist zu bemängeln, daß der BGH noch nicht einmal den Versuch macht, seine Ansicht aus dem Gesetz oder aus anerkannten Rechtsgedanken zu begründen. Es dürfte sich um einen Versuch richterlicher Rechtsfortbildung handeln, der indessen nicht geglückt ist: Es läßt sich weder aus dem Gesetz noch aus allgemeinen Rechtsgedanken noch aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus begründen, daß der Parkhausunternehmer die Fahrzeuge entweder bewachen oder versichern müsse und daß er nicht einen - dem gesetzlichen Vertragstypus entsprechenden - Mietvertrag mit dem Absteller abschließen könne. Im Gegenteil, dies steht dem Unternehmer nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zu. Der Unternehmer handelt auch nicht treuwidrig, wenn er nicht für Versicherungsschutz sorgt. Dagegen spricht schon, daß nur das Recht des gesetzlichen Vertragstypus angewandt wird, die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts also unberührt bleibt. Wenn nach dem Gesetz keine Haftung besteht, so kann diese nicht durch eine

Versicherung ersetzt werden. Weiterhin spricht gegen die Ansicht des BGH, daß, wie ausgeführt wurde, Parkhäuser nur funktioneller Ersatz für den zu knappen öffentlichen Parkraum darstellen. Beim Parken auf öffentlichem Grund ist eine Versicherung - mit Recht - bisher von niemand als zwingend erforderlich angesehen worden. Es ist nicht einzusehen, warum es sich bei Parkhäusern anders verhalten soll.

Zudem ist zu bedenken: Verschafft der Unternehmer dem Benutzer Versicherungsschutz, so wälzt er die Kosten dafür selbstverständlich auf die Preise ab. Wirtschaftlich gesehen wird also der Benutzer, der auf das Parkhaus angewiesen ist, indirekt gezwungen, sein eigenes Auto für die Zeit zu versichern, in der es im Parkhaus abgestellt ist. Zu rechtfertigen ist dieser Zwang nicht. Mancher, der häufig ein Parkhaus benutzen muß, mag ein älteres Fahrzeug haben und um Beschädigungen desselben wenig besorgt sein, weswegen er zugunsten niedriger Parkhaus-Preise gern auf die Versicherung verzichten würde. Man kann hier gewiß dem Einzelnen die Sorge für sein Fahrzeug überlassen, ohne einen Schaden für die Allgemeinheit befürchten zu müssen, zumal sich die möglichen Schäden in Grenzen halten. Wenn man dem Parkhausunternehmer eine Pflicht auferlegen wollte, dann allenfalls die, dem Benutzer die Möglichkeit zu bieten, sich Versicherungsschutz zu verschaffen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Der Parkhaus-Abstellvertrag ist regelmäßig ein Mietvertrag. Eine Pflicht oder Obliegenheit des Unternehmers, dem Benutzer Sachversicherungsschutz zu verschaffen, besteht nicht.

IV. Zum Verhältnis der Benutzer zueinander

Da zwischen den einzelnen Benutzern von Parkplätzen, Parkhäusern und Sammelgaragen keine Willenserklärungen ausgetauscht werden, entstehen zwischen ihnen keine vertraglichen

Beziehungen. Die Lage entspricht derjenigen zwischen den Mietern verschiedener Wohnungen in einem Gebäude. Für diesen Fall ist anerkannt, daß keine vertraglichen Beziehungen entstehen⁷²⁾, obwohl zwischen den Wohnungsmietern mehr Berührungspunkte und Interessenkonflikte bestehen als zwischen Parkbetriebsbenutzern.

Die Rechtsbeziehungen der einzelnen Parkhausbenutzer regeln sich daher nicht anders als die zwischen den einzelnen Teilnehmern am öffentlichen Straßenverkehr nur nach den gesetzlichen Bestimmungen, wie §§ 823 ff., 859 ff., 677 ff. BGB⁷³⁾.

72) vgl. BGH NJW 69,411; Soergel-Mezger, §§ 535 - 536, RandNr.174.

73) Hinsichtlich der Frage, ob die StVO auch auf Parkplätzen, in Parkhäusern und Sammelgaragen gilt, darf auf die Literatur zur StVO verwiesen werden. Für Parkplätze ist die Geltung der StVO anerkannt, vgl. Helmuth Booß, Straßenverkehrsordnung, Kommentar, 1971, Köln u.a., S.9; Peter Cramer, Straßenverkehrsrecht StVO- StGB, Kommentar, 1971, StVO § 1, Anm.21; Jagusch, Straßenverkehrsrecht, München 1971, § 1 StVO, Anm.2. Bei Parkgebäuden ist die Rechtslage umstritten. Die Frage ist einmal, ob es sich um "öffentlichen Verkehr" handelt (das wird zu bejahen sein, vgl. OLG Stuttgart, VRS 30,210 und OLG Bremen, VRS 33,193. A.M. Ganschezian-Finck, NJW 63,1809), ferner ob es sich um öffentliche "Wege oder Plätze" handelt, § 6 Abs.III StVG (ablehnend Booß, a.a.O.; a.M. Bullert, DAR 63,325). In der Praxis wird die Frage vielfach dadurch gelöst, daß in den AGB des Parkbetriebs die StVO entsprechend für anwendbar erklärt wird.

Zweiter Abschnitt

Das dispositive Recht des Kraftfahrzeugabstellvertrages

Wie gezeigt wurde, kann ein Kraftfahrzeugabstellvertrag ein Verwahrungsvertrag, ein Mietvertrag, ein Dienstvertrag oder ein gemischter Miet- und Dienstvertrag sein.

Im folgenden soll untersucht werden, welche rechtlichen Auswirkungen sich aus dem jeweiligen Vertragscharakter ergeben. Die Untersuchung beschränkt sich auf die zwei praktisch wichtigsten Bereiche: Die Abwicklungspflichten beider Parteien und die Schadensersatzpflichten des Unternehmers.

I. Die Auswirkungen auf die Abwicklungspflichten

Zunächst sollen die Fragen der Abwicklung des Abstellvertrages einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Hierbei sind zwei Gesichtspunkte von Bedeutung: Der Unternehmer ist verpflichtet, das Fahrzeug herauszugeben bzw. die Abholung des Fahrzeugs zu dulden (1). Der Benutzer andererseits ist nicht nur berechtigt, sondern nach Vertragsablauf auch verpflichtet, das Fahrzeug abzuholen (2).

1. Die Pflicht des Unternehmers, das Fahrzeug herauszugeben oder dessen Abholung zu dulden

a) Anspruchsgrundlage

Ist der Abstellvertrag ein **V e r w a h r u n g s v e r -**
t r a g, so ist der Unternehmer grundsätzlich aus § 695 BGB verpflichtet, das Fahrzeug auf Verlangen des Benutzers jederzeit herauszugeben. Handelt es sich bei dem Abstellvertrag

um einen Mietvertrag oder um einen gemischten Vertrag, so hat der Vermieter die Entfernung des Fahrzeugs vom Abstellplatz grundsätzlich jederzeit zu dulden. Dies folgt daraus, daß er nur Überlassung eines Abstellplatzes zum Gebrauch schuldet, aber keinen Anspruch darauf hat, daß der Benutzer als Mieter den Abstellplatz auch tatsächlich gebraucht⁷⁴⁾.

Es fragt sich nun, wann dem Unternehmer in Abweichung von diesen Grundsätzen ein Recht zusteht, die Abholung des Fahrzeuges zu verhindern bzw. die Herausgabe zu verweigern. Ein solches Recht könnte sich beim Miet- und gemischten Vertrag aus §§ 559 BGB, beim Verwahrungsvertrag aus § 273 BGB ergeben⁷⁵⁾. Ist der Mietvertrag so gestaltet, daß der Vermieter den Besitz an dem Fahrzeug erlangt, so u.U. bei Parkhäusern⁷⁶⁾, so kommt auch bei Mietverträgen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB in Betracht.

b) Das Vermieterpfandrecht nach § 559 BGB

aa) Die Entstehung des Vermieterpfandrechts

Ein Vermieterpfandrecht entsteht an abgestellten Fahrzeugen, wenn der Tatbestand des § 559 BGB erfüllt ist und die Anwendung des § 559 BGB nicht nach Sinn und Zweck des Vertrages ausgeschlossen ist.

74) Der Mieter hat keine Gebrauchspflicht, vgl. Erman-Schopp, § 535 RandNr.46; Soergel-Mezger, § 535, RandNr.146.

75) Nicht aber kommt ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB in Betracht, da dieses nur synallagmatische Pflichten betrifft, worunter die Herausgabepflicht des § 695 BGB als reine Abwicklungspflicht nicht fällt.

76) Zur Besitzlage am Fahrzeug bei Parkhausbenutzung siehe unten 3.Teil, 2.Abschnitt, S.162 ff.

Was zunächst den Tatbestand des § 559 BGB anbelangt, so ist dieser bei Abstellverträgen, die Miet- oder gemischte Verträge sind, in der Regel erfüllt:

Ein Abstellplatz ist ein Teil eines Grundstücks oder eines Raumes (§ 580 BGB). Das abgestellte Kraftfahrzeug ist auch eine "eingebrachte Sache": Für den Begriff des Einbringens ist es erforderlich, daß das Kraftfahrzeug in den durch das Mietverhältnis vermittelten Machtbereich des Vermieters geschafft wird, und zwar mit Willen des Mieters und zu einem nicht nur vorübergehenden Zweck⁷⁷⁾. Ein vorübergehender Zweck in diesem Sinn liegt beim Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Abstellplatz nicht vor. Denn diese Einschränkung bezieht sich nur auf solche Fälle, in denen der Mieter, welcher Räume oder ein Grundstück längere Zeit innehat, dort einen Gegenstand mit dem von vornherein bestehenden Willen abstellt, diesen bald wieder zu entfernen. Betroffen sind somit solche Gegenstände, deren Hineinschaffen nicht zum typischen Gebrauch der Mietsache gehört und die eher zufällig in den Machtbereich des Vermieters gelangen. Beim Kraftfahrzeug-Abstellvertrag ist aber das Abstellen des Fahrzeugs gerade der Zweck des Vertrages; die Einbringung des Kraftfahrzeuges ist der regelmäßige und typische Gebrauch der Mietsache, nämlich des Abstellplatzes.

Regelmäßig wird es sich bei einem abgestellten Fahrzeug auch um ein solches "des Mieters" handeln, also um ein solches, das Eigentum des Benutzers ist. Hierbei ist zu beachten, daß der Mieter nicht diejenige Person sein muß, der das Fahrzeug einstellt. Mieter kann auch der Eigentümer oder Halter des Fahrzeugs sein, der durch das Einstellen nach den Grundsätzen über "das Geschäft, den es angeht" vertreten worden ist.

77) vgl. RGZ 132,121; Soergel-Mezger, § 559, RandNr.20; Larenz, Schuldrecht II, § 48 V; ähnlich Esser, § 71 II 2: "einen regelmäßigen Zustand herbeiführendes gewolltes Hineinschaffen einer Sache in die Mieträume".

Handelt es sich bei dem Fahrzeug nicht um ein solches des Mieters, so ist allerdings der Tatbestand des § 559 BGB nicht erfüllt. Das Vermieterpfandrecht kann auch nicht gutgläubig erworben werden, da es sich um ein besitzloses Pfandrecht handelt, auf das die §§ 1205, 1207, 932, 934 BGB nicht anwendbar sind⁷⁸⁾. Ein Vermieterpfandrecht kann daher nicht entstehen.

Neben der Frage, ob der Tatbestand des § 559 BGB im Einzelfall erfüllt ist, steht die weitere Frage, ob § 559 BGB auf den Kraftfahrzeugabstellvertrag überhaupt anwendbar ist. § 559 BGB ist dispositives, nicht zwingendes Recht⁷⁹⁾. Das für die gesetzlichen Vertragstypen des BGB geltende dispositive Recht ist nicht unterschiedslos auf jeden Vertrag ergänzend anzuwenden, der sich unter einen solchen Vertragstypus subsumieren läßt. Es ist dann nicht anzuwenden, wenn der betreffende Vertrag von dem vertraglichen Lebenstypus, den der Gesetzgeber bei Schaffung des dispositiven Rechts vor Augen hatte, so wesentlich abweicht - also atypisch ist -, daß zu vermuten ist, der Gesetzgeber hätte für den atypischen Vertrag eine abweichende Regelung erlassen, wenn er an ihn gedacht hätte⁸⁰⁾.

Nun ist sicher anzunehmen, daß die Miete eines Abstellplatzes für ein Kraftfahrzeug auf einem Parkplatz oder in einem Parkgebäude nicht dem Lebenstypus des Mietvertrages entspricht, den sich der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 559-563 BGB vorgestellt hat. Dem Gesetzgeber dürfte vielmehr primär die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumen vorgeschwebt haben, wie es die erbitterte Diskussion um den Antrag auf Streichung dieser Bestimmungen bei der zweiten Beratung vor dem Plenum des Reichstages beweist⁸¹⁾.

78) vgl. Palandt-Putzo, § 559, Anm.1.

79) RGZ 141,102.

80) vgl. Lehmann, NJW 58,1 f.; Larenz, NJW 63,740 f.; derselbe Allg.Teil, § 35 II.

81) vgl. Mugdan II, S.1319 ff.

Indessen unterscheidet sich die Miete eines Abstellplatzes für ein Kraftfahrzeug von diesem Lebenstypus nicht so sehr, daß es erlaubt erscheinen könnte, für die Abstellplatz-Miete die dispositive Gesetzesregelung über das Vermieterpfandrecht außer acht zu lassen.

§ 559 BGB trägt einem Sicherungsbedürfnis des Vermieters Rechnung. Dieses Sicherungsbedürfnis besteht bei einem Vertrag über die Miete eines Abstellplatzes in gleicher Weise wie bei Wohnungsmietverträgen. Auch der Vermieter eines Abstellplatzes hat ein berechtigtes Interesse an ordnungsgemäßer Mietzahlung. Freilich wird es sich bei den Forderungen des Abstellplatz-Vermieters in der Regel um geringe Beträge handeln. Dieser Umstand spricht aber eher für als gegen die Anwendbarkeit des § 559 BGB. Nicht nur fällt es dem Mieter in der Regel leichter, solche relativ niedrigen Forderungen zu erfüllen als die in der Regel höheren Forderungen aus Mietverträgen über Wohnungen oder Geschäftsräume, sondern es ist gerade wegen der geringen Beträge auch die Gefahr viel größer, daß sich der Benutzer der Zahlung der Gebühr zu entziehen versucht, in der vielleicht nicht immer unberechtigten Hoffnung, daß der Unternehmer wegen eines Bagatellobetrages nicht zur Rechtsverfolgung schreiten werde. Das gilt umsomehr, als zumeist noch die Schwierigkeit bestehen wird, den Namen des Benutzers herauszufinden.

Das Vermieterpfandrecht bietet hier eine zweckmäßige Lösung. Es gewährt das Selbsthilferecht des § 561 BGB und den strafrechtlichen Schutz des § 289 StGB⁸²⁾.

Rechtspolitische Bedenken bestehen nicht: Das Vermieterpfandrecht an abgestellten Kraftfahrzeugen ist wesentlich weniger beeinträchtigend als dasjenige an Sachen des Mieters, die in Wohnungen oder Geschäftsräume eingebracht wurden.

82) Ohne das Vermieterpfandrecht würde kein strafrechtlicher Schutz des Unternehmers gegen das Entfernen des Fahrzeuges ohne Entgeltzahlung bestehen. § 265a StGB ist nicht erfüllt, da nicht der Zutritt zu einer Einrichtung erschlichen wird; für § 263 StGB wird es regelmäßig unmöglich sein, den subjektiven Tatbestand nachzuweisen.

Die Entstehung eines Pfandrechts an den letztgenannten Sachen wurde vom Gesetzgeber als rechtspolitisch vertretbar angesehen und ist auch heute noch unangefochtenes Recht. A maiore ad minus ist daher zu schließen, daß § 559 BGB auch für Abstellplatzvermietung gilt.

Eine gewisse Härte stellt es dar, daß als Folge dessen ein Pfandrecht an einem wertvollen Kraftfahrzeug auch wegen einer Bagatellforderung entstehen kann. Diese Härte nimmt das Gesetz jedoch in Kauf. Weder die absolute Höhe der Forderung noch das Verhältnis der Höhe der Forderung zum Wert der eingebrachten Sache werden vom Gesetz als Gründe für eine Einschränkung des Pfandrechts angesehen⁸³⁾. In Extremfällen hilft die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Gemäß § 559 S.3 BGB entsteht an einem abgestellten Kraftfahrzeug kein Vermieterpfandrecht, wenn es sich um eine der Pfändung nicht unterworfenen Sache handelt⁸⁴⁾. Die Unpfändbarkeit von abgestellten Kraftfahrzeugen kann sich aus § 811 Nr.4,5 und 12 ZPO ergeben⁸⁵⁾.

Das Pfandrecht erlischt gemäß § 560 S.1 BGB mit der Entfernung des Kraftfahrzeugs vom Parkplatz oder aus dem Parkgebäude, es sei denn, die Entfernung erfolgte ohne Wissen oder unter Widerspruch des Unternehmers.

Bei Verträgen über ein einmaliges Abstellen entspricht es weder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen noch dem regelmäßigen Geschäftsbetrieb, wenn das Fahrzeug ohne Zahlung des Entgelts endgültig von einem Parkplatz oder aus einem Parkhaus entfernt wird. Dies ergibt sich aus dem Sinn des des § 560 S.2 BGB, der den normalen Geschäftsbetrieb und

83) so für den zweiten Fall auch Staudinger-Kiefersauer, § 559, RandNr.25.

84) wahrscheinlich ist das der Grund, warum sich in Parkhaus-AB oft zusätzlich noch die Festsetzung eines Zurückbehaltungsrechts findet. Allerdings ist fraglich, ob ein Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Sachen des Mieters vertraglich ausbedungen werden kann; vgl. dazu Staudinger-Kiefersauer, § 559 Anm.40 ff.

85) Zöllner-Scherübl, ZPO, 1968, § 811 Anm.4, zu Nr.5 b, mit Beispielen aus der Rechtsprechung für die Unpfändbarkeit eines Kraftfahrzeuges.

das normale Leben des Wohnungsmieters vor Behinderung durch den Vermieter schützen will⁸⁶⁾. Die Regelung des § 560 S.2 BGB ist nach ihrer gesamten Ausgestaltung darauf abgestellt, daß das Mietverhältnis weiterläuft, und daher aller Wahrscheinlichkeit nach die im normalen Geschäftsgang oder entsprechend den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entfernte Sache oder deren Ersatz wieder in den Machtbereich des Vermieters gelangt. Wird ein Mietgrundstück oder ein Mietraum endgültig geräumt, so ist diese Sachlage jedoch nicht gegeben. Das endgültige Entfernen des Kraftfahrzeugs aus dem Parkbetrieb ist eine endgültige Räumung und läßt das Vermieterpfandrecht daher nicht entfallen.

Anders liegt es bei Abstell-Mietverträgen, die sich über eine gewisse Dauer erstrecken, so daß der Benutzer das Fahrzeug öfter einstellt und wieder abholt und dafür eine einheitliche Vergütung entrichtet. Ob hier jedesmal ein "Entfernen" vorliegt, wenn das Fahrzeug abgeholt wird, ist strittig. Die wohl h.M.⁸⁷⁾ nimmt dies an und gelangt damit zu dem Ergebnis, daß bei jeder Ausfahrt des Fahrzeuges das Pfandrecht erlischt, bei jeder Einfahrt aber erneut entsteht.

bb) Ansprüche des Unternehmers bei Ausübung des Vermieterpfandrechts

Beruft sich der Unternehmer auf sein Vermieterpfandrecht und verbleibt infolgedessen das Fahrzeug über die vereinbarte Zeit hinaus auf dem Parkplatz oder in dem Parkgebäude, so erhebt sich die Frage, welche Ansprüche der Unternehmer gegen den Absteller für die zusätzliche Zeit hat, die der Abstellplatz durch das Fahrzeug belegt ist.

86) vgl. BGH NJW 63,148. Roquette, Mietrecht, 4.Kapitel, 2.Abschn.

87) vgl. OLG Karlsruhe, NJW 71,624 f.; Bronsch, ZMR 70,2; Trenk-Hinterberger, ZMR 71,329; Kohl, NJW 71,1723 ff.; LG Koblenz, JW 29,959; a.M. Schopp, NJW 71,1141 f.; Weimar, ZMR 72,295.

§ 568 BGB, an den man zunächst denken könnte, scheidet schon deshalb aus, weil man nicht sagen kann, daß der Mieter, der sein Fahrzeug nicht erhält, weil es der Vermieter nicht herausgibt, "den Gebrauch der Sache fortsetzt". Die gemietete Sache, nämlich der Abstellplatz, wird vielmehr nun vom Vermieter benutzt⁸⁸⁾, der Besitzer des Fahrzeugs geworden ist (§ 561 BGB) und wie ein rechtsgeschäftlicher Pfandgläubiger zur Verwahrung des Kraftfahrzeugs verpflichtet ist (§§ 1257, 1215 BGB).

Aus dem gleichen Grund ist auch § 557 BGB nicht anwendbar⁸⁹⁾. Man kann nicht sagen, daß der Mieter eines Kraftfahrzeug-Abstellplatzes, der auf Verlangen des Vermieters das Fahrzeug auf dem Platz belassen muß, "die gemietete Sache nicht zurückgegeben" habe (§ 557 Abs.1 BGB). Denn daß das Fahrzeug sich noch auf dem Abstellplatz befindet, geht auf das Verhalten des Vermieters zurück.

Der Vermieter kann jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 286 Abs.1 BGB haben, wenn der Abstellplatzmieter mit der Zahlung der Miete in Verzug geraten ist. Daß der Vermieter sein Pfandrecht ausübt und dadurch der Abstellplatz weiter belegt bleibt, ist eine adäquate Folge des Verzugs. Der Schaden des Vermieters besteht darin, daß infolge der Belegung des Abstellplatzes durch das Mieterfahrzeug dieser nicht anderweitig vermietet werden konnte und daher sonst erzielbare Einnahmen ausgefallen sind. Der Schadensersatzanspruch tritt neben den weiter bestehenden Erfüllungsanspruch⁹⁰⁾. Wenn der Vermieter kein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht geltend

88) so auch Soergel-Mühl, § 557, Anm.10; § 561, Anm.2.

89) Allgemein wird die Geltung von § 557 bei Ausübung des Sperrechts aus § 561 abgelehnt von OLG Hamburg, HansGZ 1912,252; Braun, JW 43,2022 ff.; Soergel-Mezger, § 556, Anm.10; Palandt-Putzo, § 557, Anm.3 a. A.M. sind Lewald, MDR 60,631; Scheuermann, JW 34,3259. Beide Autoren berücksichtigen nicht, daß der Vermieter aus anderen Gesichtspunkten (insbesondere Verzug) Entschädigung verlangen kann.

90) Palandt-Heinrichs, § 326, Anm.1.

macht, kommt auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs mit der Erfüllung der Räumungspflicht in Betracht.

Als weitere Grundlage für Ansprüche des Unternehmers kommen die §§ 1257, 1216 BGB in Betracht. Es bestehen jedoch Bedenken dagegen, die Kosten der Unterbringung des Fahrzeugs als Verwendungen auf das Fahrzeug anzusehen⁹¹⁾. Fraglich ist überdies, ob der Tatbestand der §§ 683, 670 BGB erfüllt ist, auf die § 1216 BGB verweist. Denn es wird in aller Regel nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Mieters entsprechen, daß sein Fahrzeug auf Grund des Vermieterpfandrechts auf dem Abstellplatz verbleibt. Dies dient vielmehr den Interessen des Vermieters und wird nur von diesem gewollt. Die §§ 1257, 1216 BGB werden daher dem Vermieter in der Regel keinen Anspruch gewähren.

Auch andere Anspruchsgrundlagen scheiden aus. §§ 670, 683 BGB sind nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei dem Zurückhalten des Fahrzeugs um ein Eigengeschäft des Vermieters handelt. § 684 i.V.m. § 812 ff. BGB greift nicht ein, weil der Benutzer durch das Zurückhalten des Fahrzeugs nicht bereichert wird. Für § 994 BGB fehlt es an einer Vindikationslage, die Voraussetzung für die Anwendung des § 994 BGB ist⁹²⁾. Der Pfandgläubiger ist rechtmäßiger Besitzer. Eine analoge Anwendung des § 994 BGB muß ausscheiden, da infolge der Existenz des § 1216 BGB eine Gesetzeslücke nicht vorhanden ist.

c) Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB

aa) Das Entstehen des Zurückbehaltungsrechts

Erlangt der Unternehmer, sei es auf Grund eines Verwahrungsvertrages, sei es auf Grund eines Mietvertrages, den Besitz

91) siehe unten 3. Teil, 2. Abschnitt (S. 163 ff.).

92) BGHZ 27, 317 ff., BGH NJW 55, 541; Baur, Sachenrecht, § 11 B I 1; Soergel-Mühl, vor §§ 987-993, RandNr. 11.

an dem abgestellten Fahrzeug, dann kommt für ihn ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.1 BGB in Betracht, sofern der Unternehmer gegen den Benutzer einen fälligen Anspruch aus dem Abstellvertrag hat.

Nach § 273 Abs.1 BGB ist das Zurückbehaltungsrecht allerdings ausgeschlossen, wenn sich aus dem Abstellvertrag "ein anderes ergibt".

Allgemein ergibt sich aus einem Schuldverhältnis ein anderes, wenn das Zurückbehaltungsrecht auf Grund gesetzlicher Vorschrift oder besonderer Vereinbarung oder aus der Natur des Schuldverhältnisses heraus oder nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen ist⁹³⁾.

Die ersten beiden Alternativen treffen auf den Abstellvertrag nicht zu.

Auch aus der Natur des Abstellvertrages folgt nicht, daß ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sein soll. Für den Verwahrungsvertrag ist vielmehr unstreitig, daß der Verwahrer wegen fälliger Ansprüche gegen den Hinterleger aus dem Verwahrungsvertrag ein Zurückbehaltungsrecht hat⁹⁴⁾. Nichts anderes gilt für den Mietvertrag, auf Grund dessen der Vermieter - untypischerweise - den Besitz an eingebrachten Sachen des Mieters erlangt. Auch hier ist die Rückgabe des Kraftfahrzeuges keine Leistung, die nach der Natur des Abstellvertrages unbedingt ohne Rücksicht auf die Gegenleistung gefordert werden könnte, wie schon die Existenz des § 559 BGB beweist.

Durch den Grundsatz von Treu und Glauben schließlich wird der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts für den Kraftfahrzeug-Abstellvertrag gleichfalls nicht gefordert.

93) Soergel-Schmidt, § 273, RandNr.17-21; Staudinger-Werner, § 273, RandNr.10-13; Palandt-Heinrichs, § 273, Anm.5; BGBRGK-Nastelski, § 273, Anm.41-44, Planck-Siber, § 273 Anm.2 a.

94) Staudinger-Nipperdey, § 695, RandNr.6; Soergel-Mühl, § 695, Anm.1; vgl. auch OLG Celle, NJW 67,1967.

Es ist zwar anerkannt, daß die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts u.U. gegen Treu und Glauben verstoßen kann, wenn die Forderung des Ausübenden geringfügig ist oder der Wert der zurückbehaltenen Leistung den Betrag der Forderung weit übersteigt⁹⁵⁾. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Ausnahmen⁹⁶⁾. Vielmehr müssen die jeweiligen Umstände geprüft werden, und es muß unter Berücksichtigung der ratio legis des § 273 BGB abgewogen werden, ob seine Anwendung Treu und Glauben widerspricht.

Ratio legis des § 273 Abs.1 BGB ist es, den Schuldner davor zu schützen, daß er einseitig auf die Gefahr hin leisten muß, eine Leistung nicht zu erhalten, die ihm seinerseits aus eben demselben Schuldverhältnis⁹⁷⁾ zusteht, das seine eigene Leistungspflicht begründet.

Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger treuwidrig handelt, wenn er vom Schuldner ohne Rücksicht darauf Leistung verlangt, daß er selbst noch etwas schuldig ist⁹⁸⁾.

Dieser Gedanke ist auf den Kraftfahrzeug-Abstellvertrag anwendbar. Auch hier handelt der Gläubiger, nämlich der Benutzer, treuwidrig, wenn er Herausgabe seines Fahrzeugs verlangt, ohne gleichzeitig das angefallene Entgelt für die Überlassung eines Abstellplatzes und gegebenenfalls für gewährte Obhut zu entrichten. Die Treuwidrigkeit entfällt ähnlich wie beim Vermieterpfandrecht nicht im Hinblick darauf, daß das geschuldete Entgelt gering sein mag, da gerade ein geringes Entgelt leichter zu entrichten ist und andererseits

95) vgl. RGZ 61,128,133; RG JR 27,451, Nr.791; BGBRGRK - Nastelski, § 273, Anm.15; Staudinger-Werner, § 273, RandNr.17; vgl. auch § 32i Abs.2 BGB.

96) vgl. RG Recht 1919 Nr.1823.

97) BGH LM Nr.3 zu § 794 Abs.1 Nr.5 ZPO; BGBRGRK - Nastelski, § 273, Anm.5; Soergel-Schmidt, § 273, RandNr.1.

98) BGH LM Nr.3 zu § 794 Abs.1 Nr.5 ZPO; Erman-Sirp, § 273, Anm.1; Palandt-Heinrichs, § 273, Anm.1 b; Fikentscher, S.241.

dem Unternehmer die Rechtsverfolgung wegen eines geringen Entgelts nicht ohne weiteres zuzumuten ist. Hinzu kommt, daß dem Benutzer in der Regel sowohl das Entstehen einer Entgeltforderung wie auch deren Höhe bei Übergabe des Fahrzeuges bekannt sind und es sich somit nicht um eine in Bestand und Höhe unklare oder umstrittene Forderung handelt, die eher Anlaß zum Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts geben mag als eine klare und unstreitige Forderung.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Der Unternehmer, der vom Benutzer den Besitz an dem abgestellten Fahrzeug eingeräumt erhalten hat, hat hinsichtlich seiner Herausgabepflicht ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB wegen fälliger Forderungen aus dem Abstellvertrag gegen den Benutzer, und zwar grundsätzlich unabhängig vom Wert des abgestellten Fahrzeuges und der Höhe der Forderung.

bb) Ansprüche des Unternehmers bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

Wie beim Vermieterpfandrecht ist zu fragen, ob der Unternehmer gegen den Benutzer Ansprüche hat, wenn das Fahrzeug infolge der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts über die vereinbarte Vertragsdauer hinaus auf dem Abstellplatz verbleibt.

Eine stillschweigende Vertragsverlängerung kann in der Regel nicht angenommen werden, insbesondere dann nicht, wenn der Benutzer das Fahrzeug herausverlangt und der Unternehmer sich auf sein Zurückbehaltungsrecht beruft und die Herausgabe verweigert. Denn indem der Benutzer das Fahrzeug herausverlangt, zeigt er, daß er sein Fahrzeug nicht länger beim Unternehmer belassen will, also keinen Willen zur Verlängerung des Vertrages hat.

Unmittelbare oder analoge Anwendung der §§ 557 und 568 BGB scheidet aus den gleichen Gründen aus wie bei der Zurück-

haltung des Fahrzeugs auf Grund eines Vermieterpfandrechts: Wenn das Fahrzeug auf dem Abstellplatz verblieben ist, weil der Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat, so liegt es nicht am Besucher, wenn der Abstellplatz nicht rechtzeitig geräumt wird⁹⁹⁾.

Wie bei Ausübung des Vermieterpfandrechts¹⁰⁰⁾, so kommt aber auch hier ein Schadensersatzanspruch aus §§ 286 Abs.1, 284 BGB in Betracht. Es darf insoweit auf die Ausführungen zum Vermieterpfandrecht verwiesen werden.

Das OLG Celle will ferner § 994 BGB anwenden, wenn der Verwahrer eine hinterlegte Sache wegen des Verwahrungsentgelts zurückbehält¹⁰¹⁾. Dem ist nicht zu folgen. Denn der sein Zurückbehaltungsrecht ausübende Unternehmer ist berechtigter Fremdbesitzer. Daher ist § 994 BGB nicht anwendbar.

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung scheiden aus den gleichen Gründen aus, wie bei Ausübung eines Vermieterpfandrechts. Es darf daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

2. Die Pflicht des Benutzers, das Fahrzeug abzuholen

a) Anspruchsgrundlage

Der Benutzer ist nicht nur berechtigt, das Fahrzeug jederzeit abzuholen bzw. herauszuverlangen, sondern er ist nach Vertragsablauf auch verpflichtet, dies zu tun.

Ist der Kraftfahrzeugabstellvertrag ein Mietvertrag oder ein gemischter Miet- und Dienstvertrag, so ergibt sich die

99) Ablehnend gegenüber einer analogen Anwendung des § 557 BGB auf den Verwahrungsvertrag, wenn der Verwahrer eine hinterlegte Sache wegen des Verwahrungsentgelts zurückbehält, auch OLG Celle, NJW 67,1967 und Larenz, Schuldrecht II, § 58 (S.283, Fußnote 2).

100) Siehe oben 2.Teil, 2.Abschnitt, I,1,b,bb (S.109 ff.).

101) OLG Celle, NJW 67,1967 f.

Abholungspflicht aus § 556 Abs.1 BGB. "Gemietete Sache" ist der Abstellplatz. Die "Zurückgabe" besteht in der Räumung dieses Platzes.

Ist der Abstellvertrag ein Verwahrungsvertrag, so ergibt sich die Rücknahmepflicht des Benutzers aus § 696 BGB.

§ 696 S.2 schränkt § 696 S.1 BGB ("jederzeit") ein, jedoch nur für das Rücknahmeverlangen v o r Ablauf der Vertragsdauer. Nach deren Ablauf kann der Verwahrer somit die Rücknahme verlangen.

b) Rechtsfolgen der Verletzung der Abholungspflicht

aa) Rechte des Unternehmers zur Beseitigung des nicht abgeholten Fahrzeuges?

Holt der Benutzer das Fahrzeug nicht pünktlich nach Vertragsende ab, so steht der Unternehmer vor der Frage, wie er mit dem Fahrzeug verfahren darf.

Möglich ist es, die Entfernung des Fahrzeugs im Klageweg zu erzwingen. Eine Klage des Unternehmers kann nicht nur auf § 556 bzw. 696 BGB, sondern auch auf § 1004 BGB gestützt werden. Das Eigentum des Unternehmers wird durch das stehengebliebene Fahrzeug beeinträchtigt, und er ist, da der Vertrag abgelaufen ist, nicht mehr zur Duldung dieser Beeinträchtigung verpflichtet. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage besteht auch dann, wenn der Unternehmer auch die Möglichkeit des Selbsthilfeverkaufes hat. Denn ein Rechtsschutzbedürfnis entfällt bei einer Leistungsklage nur, wenn der Kläger das mit der Klage angestrebte Ziel auch auf wesentlich einfacherem Wege erreichen könnte¹⁰²⁾. Der Selbsthilfeverkauf ist aber kein wesentlich einfacherer Weg, um das Fahrzeug zu entfernen, da er Verkauf des Fahrzeugs und Hinterlegung des Kaufpreises erfordert.

102) vgl. Thomas-Putzo, vor § 253, III A 1 n.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 885 ZPO, wenn der Abstellvertrag ein Miet- oder gemischter Vertrag ist, nach § 887 ZPO, wenn er ein Verwahrungsvertrag ist.

Als zweiter Weg bietet sich dem Unternehmer der des Selbsthilfeverkaufs nach § 383 Abs.1 S.1 BGB an.

Voraussetzung dafür ist Gläubigerverzug des Benutzers, § 293 BGB. Ob und wann der Benutzer in Gläubigerverzug kommt, hängt vom Inhalt des Abstellvertrages ab. Erlangt danach der Benutzer den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug - so immer beim Verwahrungsvertrag, atypischerweise beim Mietvertrag -, so kommt es zum Annahmeverzug, wenn der Benutzer das Fahrzeug, dessen Rückgabe ihm angeboten wird, nicht annimmt. Da es sich um eine Holschuld handelt (vgl. §§ 556, 697 BGB), genügt ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB, wenn nicht die Notwendigkeit eines Angebots überhaupt entfällt, § 296 BGB.

Erlangt der Unternehmer den Besitz an dem abgestellten Fahrzeug nicht, so schuldet er nach Vertragsende keine Rückgabe und kann daher eine solche auch nicht anbieten. Gläubigerverzug kann nicht eintreten. Der Benutzer, der seiner Räumungspflicht nicht nachkommt, gerät nur in Schuldnerverzug. Dem Unternehmer bleibt der Weg des Selbsthilfeverkaufs verschlossen. Zu prüfen ist aber, ob sich der Unternehmer nicht auf Grund seines Vermieterpfandrechts in den Besitz des Fahrzeugs setzen darf.

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs ist die Androhung. In der Regel wird der Unternehmer den Absteller nicht namentlich kennen. In diesem Fall muß es daher ausreichen, wenn der Unternehmer den Fahrzeughalter ermittelt - was in Kenntnis des amtlichen Kennzeichens leicht möglich ist - und diesem den Selbsthilfeverkauf androht.

Ist der Absteller nicht gleichzeitig Eigentümer, so muß auch dem Eigentümer, dem "Gläubiger" des Herausgabeanspruchs

aus § 985 BGB¹⁰³⁾ der Selbsthilfeverkauf angedroht werden¹⁰⁴⁾. Gegen die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs bestehen dann keine Bedenken. Der Unternehmer kann, anstatt den Erlös zu hinterlegen, es auch auszahlen oder mit den Forderungen, die er selbst hat, aufrechnen¹⁰⁵⁾.

Ein dritter praktikabler Weg für den Unternehmer ist es, das Fahrzeug selbst vom Abstellplatz zu schaffen und es auf einem öffentlichen Parkplatz abzustellen. Der Unternehmer wirkt dabei auf fremdes Eigentum ein. Ihm steht dabei die rechtfertigende Vorschrift des § 859 BGB zur Seite: Der Benutzer, der sein Fahrzeug nicht rechtzeitig abholt, stört den Unternehmer im Besitz des Parkplatzes bzw. Parkhauses.

Schließlich könnte man noch die Anwendung von Fundrecht in Betracht ziehen. Es kommt zunächst darauf an, ob das Fahrzeug "verloren" im Sinne von § 965 BGB. Über diesen Begriff besteht im Schrifttum keine Einigkeit. Nach einer Meinung ist verloren jede Sache, die besitzlos, aber nicht eigentumslos ist, ohne daß es auf die Ursachen der Besitzlosigkeit ankäme¹⁰⁶⁾. Nach anderer Ansicht ist eine "verlorene" Sache eine Sache, die besitzlos ist, wenn der Besitz an ihr zufällig - d.h. gegen den Willen des Besitzers und ohne hierauf gerichtete Tätigkeit eines anderen - abhandengekommen ist¹⁰⁷⁾. "Verloren" ist ein nicht abgestelltes Fahrzeug somit jedenfalls in den Fällen nicht, in denen der Unternehmer bereits bei Vertragsschluß Besitz an dem Fahrzeug erlangt hat, wie bei Sammelgaragen und teilweise auch bei Parkhäusern¹⁰⁸⁾.

103) Sohm, ZHR 53,96

104) Sohm, a.a.O.; Soergel-Schmidt, § 383, Anm.1.

105) H.M.: Palandt-Heinrichs, § 383, Anm.3; Soergel-Schmidt, § 383, Anm.4; Erman-Westermann, § 383 RandNr.4.

106) Erman-Hefermehl, § 965, RandNr.1; Westermann, S.285; Wolff-Raiser, § 82 (S.305).

107) Staudinger-Berg, § 965, Anm.1; Palandt-Degenhart, § 965, Vorb.1 a; Rother BB 65,247; BB 66,583.

108) zur Besitzlage bei Parkhausbenutzung siehe 3.Teil, 2.Abschnitt. (S.162 f.).

Hat der Unternehmer dagegen bei Vertragsschluß den Besitz nicht erlangt, so kommt es für die Anwendung des Fundrechts darauf an, welcher der beiden oben erwähnten Ansichten man sich anschließt. Denn wenn der Absteller das Fahrzeug nicht mehr abholt, gibt er den Besitz daran auf. Das Fahrzeug fällt nicht ohne weiteres in den Besitz des Unternehmers, da dazu dessen Besitzwille vorliegen müßte, der aber nicht in jedem Fall vorliegt. Es wird somit zunächst besitzlos, und zwar durch eine freiwillige Handlung des Benutzers. Da kein "Zufall" vorliegt, ist das Fahrzeug somit nach der ersten, aber nicht nach der zweiten Ansicht "verloren". Die Streitfrage kann hier nicht weiter verfolgt werden. Kommt das Fundrecht zur Anwendung, so ist der Parkbetrieb als "Verkehrsanstalt" im Sinne von § 978 BGB anzusehen.

bb) Ansprüche des Unternehmers bei Nichtabholung des
abgestellten Fahrzeugs

Bei den Ansprüchen des Unternehmers gegen den Benutzer wegen Nichtabholung des Fahrzeuges sind vertragliche und gesetzliche Ansprüche zu unterscheiden. Zunächst sollen die vertraglichen Ansprüche für die verschiedenen Vertragstypen, im Anschluß daran die gesetzlichen Ansprüche untersucht werden.

Ist das Fahrzeug auf Grund eines Mietvertrags abgestellt und bei Vertragsende nicht abgeholt worden, so gilt zunächst § 568 BGB. Gegen seine Anwendung bestehen keine Bedenken, da er mit der Fiktion der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses eine unter normalen Umständen gerechte, den Interessen beider Parteien Rechnung tragende Lösung bringt, andererseits aber beiden Parteien die Möglichkeit offen hält, diese Lösung auszuschließen.

Kommt es nicht zu einer Verlängerung des Mietvertrages gemäß

§ 568 BGB, so ist § 557 Abs.1 anwendbar¹⁰⁹⁾, der kein Verschulden des Benutzers voraussetzt. Daneben hat der Unternehmer einen Schadensersatzanspruch aus §§ 286, 284 BGB, wenn der Benutzer Unterlassen oder Verzögerung der Abholung zu vertreten hat, § 285 BGB.

Anders ist die Sachlage, wenn es sich um einen aus miet- und dienstvertraglichen Elementen gemischten Vertrag handelt. Hier ist die Anwendung der abdingbaren¹¹⁰⁾ Vorschriften §§ 568 und 557 BGB nicht vertretbar. Denn nicht nur entspricht der gemischte Bewachungsvertrag nicht dem Vertragstypus, den der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 557 und 568 BGB im Auge hatte, sondern es passen diese Vorschriften auch objektiv nicht auf die dem Bewachungsvertrag zugrundeliegende Interessenlage. Die §§ 557 und 568 BGB finden ihre innere Rechtfertigung darin, daß die Leistung des Vermieters einzig in der Überlassung des Mietgegenstandes an den Mieter zu dessen Gebrauch besteht. Wenn der Mieter nun die Sache nach Vertragsende weitergebraucht, so nimmt er faktisch die vertragliche Leistung des Vermieters weiter in Anspruch, steht also insoweit nicht anders, als ob noch ein Mietvertrag geschlossen wäre. Daher ist es gerechtfertigt, über § 568 oder § 557 BGB dem Vermieter seinerseits einen Anspruch in Höhe der bisherigen vertraglichen Vergütung zu gewähren¹¹¹⁾. Beim gemischten Bewachungsvertrag liegen die Verhältnisse aber anders. Die Leistung des Vermieters besteht hier nicht nur in der Überlassung des Mietgegenstandes, sondern darüber hinaus noch in einer Tätigkeit, der Gewährung von Obhut. Die Tätigkeitspflicht des Unternehmers verträgt sich aber nicht mit dem durch § 568 BGB geschaffenen Schwebezustand. Bei Anwendung von § 568 BGB wüßte sowohl der Mieter als auch Vermieter nach Vertragsablauf nicht, ob eine Obhutspflicht

109) vgl. Palandt-Putzo, § 568, Anm.1; Erman-Schopp, § 568, RandNr.4.

110) vgl. § 557 Abs.4; für § 568 vgl. BGH WM 64,413.

111) vgl. BGH NJW 66,249.

des Unternehmers besteht oder nicht, da offen wäre, ob eine Partei der Fortsetzung des Vertrages innerhalb von 2 Wochen widerspricht. Der Vermieter hätte es in der Hand, ohne Gewährung von Obhut zwei Wochen abzuwarten. Würde an dem Fahrzeug während dieser Zeit ein Schaden entstehen, so könnte er durch seinen Widerspruch das endgültige Erlöschen des Vertragsverhältnisses und damit seiner Obhutspflicht im Zeitpunkt des Vertragsablaufes bewirken. Würde aber kein Schaden entstehen, so könnte er infolge der Fiktion des § 568 BGB das Entgelt fordern, ohne Obhut getragen zu haben. Umgekehrt hätte der Mieter die Möglichkeit, wenn der Vermieter auch nach Vertragsende Obhut tatsächlich gewährt hätte, vor Ablauf der zwei Wochen zu widersprechen und damit den Vermieter trotz gewährter Leistungen um seinen vertraglichen Entgeltsanspruch zu bringen.

Es zeigt sich somit, daß sich § 568 BGB nicht sinnvoll von dem "reinen" Mietvertrag, auf den er zugeschnitten ist, auf den gemischten Mietvertrag übertragen läßt.

Für § 557 BGB gilt ähnliches. Das Entgelt wird für den Abstellplatz u n d die Gewährung von Obhut entrichtet. Ein Teil des Entgelts ist daher der Obhut zuzurechnen. Die Pflicht zur Obhutgewährung entfällt jedoch mit Ablauf des Vertrages. Würde man § 557 BGB anwenden, so würde dies dazu führen, daß der Benutzer weiterhin ein für Platzüberlassung u n d Obhutgewährung berechnetes Entgelt zu bezahlen hätte, obgleich ihm letzteres nicht zusteht.

Die §§ 568 und 557 BGB sind somit auf den gemischten Vertrag nicht anwendbar.

Jedoch kommt auch hier die Anwendung von § 286 BGB in Betracht.

Es bleibt nunmehr noch auf die vertraglichen Ansprüche einzugehen, wenn das Fahrzeug von dem Unternehmer in Verwahrung genommen wurde.

Hier ist zunächst zu fragen, wann das Verwahrungsverhältnis überhaupt endet. Nach einer im Schrifttum¹¹²⁾ vertretenen Auffassung soll das Verwahrungsverhältnis erst mit Rückgabe der Sache endigen. Diese Auffassung wird jedoch von den Materialien zum BGB, auf die sie sich stützt, nicht voll getragen. Aus diesen¹¹³⁾ ergibt sich eindeutig, wie der

112) Staudinger-Nipperdey, § 695, RandNr.3; § 969, RandNr.3; Planck-Lobe, § 695, Anm.1.

113) vgl. Motive, Mugdan II, S.356: "Das Vertragsverhältnis endigt nach der Vorschrift nicht schon durch eine auf Lösung des Vertrages gerichtete Erklärung des Hinterlegers (Widerruf), sondern dauert bis zur Rückgabe der Sache fort, vorbehaltlich der Modifikationen, welche nach allgemeinen Grundsätzen durch eine mora accipiendi (§§ 255, 62o) oder solvendi eintreten können ... Dem Verwahrer ist unbedenklich das Recht einzuräumen, jederzeit die Zurücknahme der hinterlegten Sache zu fordern, allerdings im Falle der Vereinbarung einer Verwahrungszeit vor Ablauf derselben nur aus erheblichen Gründen. Der Vertrag endigt hiernach gleichfalls nicht durch die auf die Lösung desselben gerichtete Erklärung des Verwahrers (Kündigung); sein Verlangen, die Sache zurückzunehmen, führt so wenig wie die Rückforderung des Hinterlegers zur sofortigen Beendigung des kontraktlichen Verhältnisses. Aus § 359 folgt sodann, daß der Verwahrer dem Hinterleger eine angemessene Zeit zur Zurücknahme gestatten muß und bis dahin, bzw. bis mora accipiendi eintritt, die kontraktlichen Pflichten des Verwahrers voll behält."
vgl. auch Protokolle, Mugdan II, S.974: Ein Antragsteller schlug eine Regelung vor, wonach der Verwahrer jederzeit den Verwahrungsvertrag kündigen könne, vor Ablauf der vereinbarten Verwahrungszeit jedoch nur aus wichtigem Grund. Eine sachliche Änderung wurde nicht bezweckt. Der Antragsteller verstand die Kündigung so: Ihr Sinn sei hier nicht der, daß das Rechtsverhältnis mit ihr sofort endige, so daß nachher auf das Verhältnis der Parteien nicht mehr die Vorschriften über den Hinterlegungsvertrag Anwendung fänden, sondern der, daß das Hinterlegungsverhältnis ende, wenn der Hinterleger durch Verzug der Abholung in Annahmeverzug komme. Da nach Meinung der Kommission diese Bedeutung des Ausdrucks "Kündigung" nicht mit dem sonstigen Sprachgebrauch des Entwurfs übereinstimmte, lehnte sie den Antrag ab. Gegen die sachlichen Ausführungen des Antragstellers, daß das Verwahrungsverhältnis mit Eintritt des Annahmeverzugs ende, hatte sie aber keine Einwände.

Gesetzgeber die Beendigung des Verwahrungsvertrags regeln wollte:

Der Verwahrungsvertrag endet mit termingemäßer Rückgabe der verwahrten Sache oder mit Eintritt des Annahmeverzugs, allgemein also mit dem Zeitpunkt, in welchem die verwahrte Sache vereinbarungsgemäß abzuholen ist. Die tatsächliche Rückgabe der verwahrten Sache ist für die Beendigung des Verwahrungsverhältnisses mithin - entgegen der oben erwähnten Ansicht - nur insoweit von Bedeutung, als nach der Rückgabe das Verwahrungsverhältnis immer beendet ist. Wird jedoch das Fahrzeug nicht im vereinbarten Zeitpunkt abgeholt und gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, so endet auch damit das Verwahrungsverhältnis und die Obhutspflicht des Verwahrers entfällt. Die Rückgabe der Sache hat für die Beendigung des Vertrages keine Bedeutung mehr.

Wird die Abholung des Fahrzeugs verzögert, so wäre, folgte man Larenz¹¹⁴⁾, dem Verwahrer "in analoger Anwendung des § 557 und im Einklang mit dem Gedanken des § 699 Abs.2" das Recht zu geben, die Fortzahlung der vereinbarten Vergütung auch für die Zeit der Verzögerung zu verlangen. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Für eine Analogie ist schon deshalb kein Raum, weil es an einer Gesetzeslücke fehlt. Der Verwahrer ist durch die allgemeinen Vorschriften hinreichend geschützt: Mit Vertragsende entfällt seine Verwahrungspflicht. Wird das Fahrzeug nicht rechtzeitig abgeholt, so hat er Ansprüche aus Verzug, § 286 BGB. Zudem hat er die Rechte aus §§ 293 BGB. Es kann daher nicht angenommen werden, daß eine "planwidrige Unvollständigkeit"¹¹⁵⁾ des Gesetzes vorliegt. Aber selbst wenn man - entgegen der hier vertretenen Auffassung - eine solche Gesetzeslücke bejahen würde, so wäre § 557 BGB nicht die richtige Regelung, um diese Lücke auszufüllen. Denn zwischen der durch § 557 BGB gere-

114) Schuldrecht II, § 54 (S.279).

115) Canaris, S.16, 39.

gelten Frage und der hier behandelten der Rechtsfolgen bei Verzögerung der Rücknahme der verwahrten Sache besteht nicht die Übereinstimmung in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Umständen, die für eine Analogie erforderlich ist. Die Gründe sind dieselben, die eine Anwendung des § 557 BGB bei Nichtabholung des Fahrzeugs im Fall des gemischten Miet- und Dienstvertrags verbieten: Mit Vertragsablauf fällt in der Regel ein Teil der Leistung, nämlich die Obhutsgewährung, weg. Nur der andere Teil der Leistung, die Raumgewährung, kommt dem Schuldner noch zugute. Das Entgelt ist aber für beide Leistungsteile samt der zugehörigen Haftungsrisiken berechnet. Es wäre daher unbillig, dem Unternehmer, der nur einen Teil der Leistung erbringt, den Anspruch auf volles Entgelt zu geben.

Auch auf § 699 Abs.2 BGB läßt sich eine analoge Anwendung von § 557 BGB nicht stützen, da diese Vorschrift davon ausgeht, daß die Verwahrer-Leistung voll erbracht wurde.

Man könnte allerdings daran denken, das Entgelt in einen Teil für Raumüberlassung und einen Teil für Obhutsgewährung aufzuspalten und hinsichtlich des ersten Teils § 557 BGB anzuwenden. Doch ist das praktisch kaum durchführbar.

Wie beim gemischten Vertrag, so sind aber auch beim Verwahrungsvertrag Ansprüche aus § 286 BGB gegeben, wenn der Hinterleger seiner Abholungspflicht aus Gründen, die er zu vertreten hat, nicht nachkommt¹¹⁶⁾. Der Hinterleger gerät dann gleichzeitig in Schuldner- und Annahmeverzug¹¹⁷⁾.

116) Enneccerus-Lehmann, § 170 I 3 b (S.714); Staudinger-Nipperdey, § 696, RandNr.3 (unzutreffend ist aber die dort vertretene Ansicht, daß § 326 Anwendung finde. Die Rücknahmepflicht ist eine außerhalb des Synallagmas stehende Abwicklungspflicht; vgl. Larenz, Schuldrecht II, S.283. Auf nicht synallagmatische Pflichten sind aber die §§ 320 ff. BGB nicht anwendbar; vgl. Erman-Battes, vor §§ 320 ff., RandNr.17; Palandt-Thomas, § 696, Anm.1.

117) vgl. Palandt-Thomas, § 696, Anm.1; unstreitig OLG Karlsruhe, MDR 69,219.

Neben den vertraglichen Ansprüchen kommen gesetzliche in Betracht: § 994 BGB scheidet zwar aus, weil keine Verwendungen vorliegen. In Betracht kommen jedoch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung. Der Bereicherungsanspruch ist jedoch nach der zutreffenden Ansicht des OLG Karlsruhe¹¹⁸⁾ durch den Wert des Fahrzeugs begrenzt. Das ergibt sich aus § 242 BGB, wie auch daraus, daß der Absteller nicht mehr bereichert ist, wenn er den gesamten Fahrzeugwert durch Verrechnung mit dem zu entrichtenden Standgeld praktisch verliert¹¹⁹⁾.

II. Auswirkungen auf Schadensersatzansprüche des Benutzers gegen den Unternehmer wegen Verlustes und Beschädigung des abgestellten Fahrzeugs und auf die Beweislast

Ist der Abstellvertrag ein **M i e t v e r t r a g**, ist also eine Obhutspflicht des Unternehmers hinsichtlich des Fahrzeugs nicht begründet worden, so haftet der Unternehmer für Verlust oder Beschädigung des Fahrzeugs nur, wenn das Fahrzeug durch ein Tun des Unternehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen abhandengekommen oder beschädigt worden ist¹²⁰⁾. Haftungsgrund ist die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht des Vermieters zur Fürsorge. Der Vermieter hat vom Mieter alles fernzuhalten, was den Mieter im Gebrauch der Mietsache stören könnte¹²¹⁾. Dazu gehört es auch, daß der Vermieter und seine Erfüllungsgehilfen Sachen des Mieters nicht entwenden oder beschädigen. Dagegen haftet der Unternehmer nicht für Unterlassen.

118) OLG Karlsruhe, MDR 69,219.

119) so auch OLG Karlsruhe, MDR 69,219.

120) So haftet der Unternehmer beim Mietvertrag wie auch bei Verwahrungs- und gemischtem Vertrag für Schäden durch unsachgemäßes **E i n w e i s e n**, da das Einweisen keine Gefährlichkeit darstellt (so auch Weimar, NJW 63,630).

121) Soergel-Mezger, §§ 535-536, RandNr.90.

Denn dies würde voraussetzen, daß das Unterlassen pflichtwidrig wäre; Handlungspflichten hinsichtlich des Fahrzeugs werden jedoch durch den Mietvertrag für den Unternehmer nicht begründet.

Eine Besonderheit des Mietvertrags ist die Garantiehaftung nach §§ 537, 538 BGB, durch welche der Benutzer u.U. günstiger gestellt sein kann als bei Abschluß eines Verwahrungsvertrages, so etwa, wenn ein unerkennbar morscher Baum zusammenbricht und abgestellte Fahrzeuge beschädigt¹²²⁾.

Die Beweislast dafür, daß Verlust oder Beschädigung des Fahrzeugs durch schuldhaftes positives Tun des Unternehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen verursacht worden ist, trifft den geschädigten Benutzer, gemäß dem allgemeinen Grundsatz, daß jede Partei zu beweisen hat, daß der Tatbestand der ihr günstigen Norm erfüllt ist.

§ 282 BGB ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Es ist zwar in Rechtsprechung und Schrifttum der allgemein anerkannte Grundsatz entwickelt worden, daß bei positiven Vertragsverletzungen der Schuldner beweisen muß, daß er den Schaden weder verursacht noch verschuldet hat, wenn die Schadensursache aus seinem Gefahrenbereich hervorgegangen ist; jedoch betrifft dieser Grundsatz nur Verträge, bei denen bei Bewirkung der geschuldeten Leistung nach deren Natur die Gefahr einer Schädigung des Vertragspartners besteht, so bei Dienst- und Werkverträgen, Beherbergungs- und ähnlichen Verträgen¹²³⁾. Auf Mietverträge wurde er bisher, von untypischen Fällen¹²⁴⁾ abgesehen, nicht angewandt.

122) vgl. LG Köln, VersR 53,214.

123) vgl. BGHZ 23,290; BGHZ 27,238; BGHZ 28,254; BGH NJW 62,31; BGH DB 67,858; Larenz, Schuldrecht I, § 24 I b; Raape, AcP 147,217,222,225; Geigel, Kapitel 37, RandNr.10; ausführlich Prölss, S.61 ff.

124) vgl. BGH NJW 64,35: Schädigung eines Mieters infolge Laufenlassen eines Wasserhahnes, der vom Vermieter und einem anderen Mieter gemeinsam benutzt wurde.

Selbst wenn man seine grundsätzliche Anwendbarkeit auf Mietverträge bejahen würde, müßte man ihn doch bei Abhandenkommen oder Beschädigung eines Kraftfahrzeuges für unanwendbar ansehen, weil der Gefahrenbereich des Vermieters von Abstellplätzen nur die Sicherheit der technischen und baulichen Einrichtungen, nicht aber die Sicherung des abgestellten Fahrzeugs gegen Beschädigung oder Abhandenkommen umfaßt.

Bei reiner Vermietung wird somit ein Benutzer mit seiner Schadensersatzklage abgewiesen, dessen Fahrzeug entwendet oder beschädigt wurde, wenn er nicht beweisen kann, daß der Vermieter oder dessen Erfüllungsgehilfen das Fahrzeug beiseitegeschafft oder beschädigt haben.

Handelt es sich bei dem Abstellvertrag um einen **V e r - w a h r u n g s v e r t r a g**, so erlangt der Unternehmer Besitz an dem abgestellten Fahrzeug. Gemäß § 695 BGB muß er es auf Verlangen des Benutzers jederzeit zurückgeben. Den Unternehmer trifft also eine Rückgabepflicht¹²⁵⁾. Kann er das Fahrzeug nicht zurückgeben, weil es abhanden gekommen ist, so liegt hinsichtlich dieser Rückgabepflicht Unmöglichkeit vor. Der Unternehmer ist daher nach § 280 BGB zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, wenn er den Umstand, der die Unmöglichkeit zur Folge hatte, zu vertreten hat (§§ 276, 278 BGB). Zu vertreten hat der Verwahrer dabei eigenes Tun und pflichtwidriges Unterlassen sowie solches seiner Erfüllungsgehilfen. Die Handlungspflichten, welche das Unterlassen pflichtwidrig machen, folgen aus der vertraglichen Obhutspflicht. Wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit die Folge eines vom Verwahrer zu vertretenden Umstandes ist, so trifft ihn nach § 282 BGB die Beweislast. Will der Verwahrer seine Haftung abwenden, so muß er darlegen und beweisen, welcher konkrete Umstand die Unmöglichkeit verursacht hat, und daß er diesen Umstand nicht zu

125) siehe auch oben, 2.Teil, 2.Abschnitt, I,1,a (S.103 f.).

vertreten hat. Gelingt ihm dies nicht, so dringt die Schadensersatzklage des Benutzers durch¹²⁶⁾.

Wird das Fahrzeug zwar unbeschädigt zurückgegeben, fehlen jedoch ablösbare Teile, z.B. Dachgepäckständer, oder sein Inhalt, so ist die Rückgabe dieser Sachen unmöglich. Es liegt daher teilweise Unmöglichkeit vor, die nicht anders zu behandeln ist als völlige Unmöglichkeit, § 280 Abs.2 BGB.

Wird ein unbeschädigt abgestelltes Fahrzeug beschädigt zurückgegeben, so liegt nicht teilweise Unmöglichkeit¹²⁷⁾ vor, denn die Rückgabe des Fahrzeuges mit Inhalt ist möglich. Vielmehr liegt eine positive Forderungsverletzung hinsichtlich der Rückgabepflicht vor, sofern der Verwahrer die Beschädigung durch Tun oder pflichtwidriges Unterlassen verursacht hat und die Verursachung zu vertreten hat. Auch hier trägt der Verwahrer in entsprechender Anwendung des § 282 BGB die Beweislast¹²⁸⁾.

Beim g e m i s c h t e n M i e t - u n d D i e n s t - v e r t r a g kommt es nicht zur Übergabe. Daher entsteht keine Rückgabepflicht. Kommt das Fahrzeug abhanden, so ist daher § 280 BGB nicht anwendbar. Vielmehr haftet der Unternehmer bei Abhandenkommen wie auch bei Beschädigung auf Grund positiver Vertragsverletzung, wenn Abhandenkommen oder Beschädigung die Folge eines vom Unternehmer zu vertretenden Tuns oder Unterlassens sind.

Über die Frage, wer beim gemischten Vertrag die Beweislast für die Vertragsverletzung und deren Kausalität für den Schaden trägt, herrscht im Schrifttum keine Einigkeit. Wintergerst¹²⁹⁾ ist der Ansicht, es sei Sache des Geschädigten, dem Unternehmer eine Verletzung seiner Obhutspflicht

126) BGH, NJW 52,1170; vgl. auch BGH NJW 69,790.

127) so aber Weimar, NJW 63,630.

128) siehe oben, Anm.123, insbesondere Prölss, a.a.O., ferner OLG Schleswig, MDR 54,738.

129) NJW 63,142.

nachzuweisen. Neumann-Duesberg¹³⁰⁾ meint, wenn der Schaden während der Bewachungszeit eingetreten sei, läge er in der Gefahrensphäre des Bewachers mit der Folge der Beweislastumkehr in entsprechender Anwendung von § 282 BGB, nicht dagegen, wenn der Schaden nach Vertragsablauf eintrete. Ähnlich gehen Hoffmann-Janssen-Krautschneider¹³¹⁾ für den Parkplatzabstellvertrag davon aus, daß Abhandenkommen der Beschädigung eines Fahrzeuges auf den typischen Geschehensablauf mangelnder Betätigung der Obhutspflicht hinweise und daher nach den Regeln des Beweises des ersten Anscheins nicht nur eine Beweiserleichterung für den Kunden, sondern sogar eine Beweislastumkehr eintrete. Der Bewacher müsse dartun, daß die Schädigung nicht auf von ihm zu vertretende Umstände zurückzuführen sei.

Die Meinung von Neumann-Duesberg ist zutreffend. Der Benutzer stellt sein Fahrzeug ab und ist dann regelmäßig nicht mehr am Parkplatz anwesend. Es wäre daher höchst unbillig, wollte man von dem Benutzer verlangen, daß er, wenn sein Fahrzeug beschädigt worden oder abhandengekommen ist, nachweisen solle, daß Beschädigung oder Abhandenkommen durch eine vom Unternehmer zu vertretende Verletzung der Obhutspflicht verursacht wurden. Nicht nur hat der Benutzer wegen seiner Abwesenheit keine Möglichkeit, den Schadensvorgang zu rekonstruieren; er hat auch keinen Einblick in die zur Erfüllung der Obhutspflicht vom Unternehmer getroffenen Maßnahmen. Würde man trotzdem dem Benutzer die volle Darlegungs- und Beweislast für den Schadenshergang aufbürden, so würde man Unmögliches und daher auch Unzumutbares von ihm verlangen¹³²⁾. Der Benutzer wäre nicht in der Lage, substantiierte Behauptungen aufzustellen und konkrete Beweismittel anzubieten. Um einen Schadensersatzanspruch schlüssig darlegen zu können, wäre er gezwungen, einfach Behauptungen aufzustellen, ohne

130) VersR 68, 314.

131) Hoffmann-Janssen-Krautschneider, S. 186.

132) so auch Schöpe, DAR 63, 349.

selbst notwendig von deren Wahrheit überzeugt zu sein. Das vertrüge sich nicht nur schlecht mit der Wahrheitspflicht der Parteien (§ 138 Abs.1 ZPO), sondern wäre auch höchst unbillig, da es andererseits dem Unternehmer nicht unzumutbar ist, darzulegen und zu beweisen, daß er einen Schaden nicht zu vertreten hat. Denn der Unternehmer ist an dem Schaden "näher dran"¹³³⁾.

Die entsprechende Anwendung des § 282 BGB würde auch nicht auf die Garantie eines während der Bewachungszeit unbeschädigten Fahrzeugs hinauslaufen¹³⁴⁾. Der Unternehmer bräuchte nur darzulegen und zu beweisen, daß er alles Zumutbare getan habe, um seine Obhutspflicht zu erfüllen, insbesondere für eine ausreichende Organisation gesorgt habe. Denn hat er dies getan, so kann ihm ein Schaden nicht zur Last gelegt werden. Auch durch sorgfältigste Bewachung können nicht alle Schäden verhütet bzw. Schädiger festgestellt werden. Der Beweis dürfte in der Regel so schwer nicht zu führen sein und ist auch schon geführt worden¹³⁵⁾.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß sich Verwahrungsvertrag und gemischter Miet- und Dienstvertrag hinsichtlich Haftung und Beweislast für Schäden, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, nicht unterscheiden.

Eine andere Frage ist es, wie es sich bei den beiden Vertragsarten mit Haftung und Beweislast für n a c h Ablauf der Vertragsdauer entstandene Schäden verhält, wie auch für Schäden, bei denen sich nicht feststellen läßt, ob sie während oder nach Ablauf der Vertragsdauer eingetreten sind.

Beim gemischten Vertrag entfällt mit Ablauf des Vertrages die Obhutspflicht des Unternehmers und damit auch seine Haftung

133) so auch Schöpe, DAR 63,349.

134) Das meint aber Wintergerst, NJW 63,143, für den Verwahrungsvertrag, den er daher ablehnt.

135) vgl. das unveröffentlichte Urteil des LG München I (10 O 119/61) vom 28.9.62.

für Verletzung dieser Obhutspflicht¹³⁶⁾. Eine Haftung für Verletzung der Obhutspflicht kann daher nur eintreten, wenn der Schaden während der Vertragsdauer verursacht wurde. Diese für den Benutzer günstige Tatsache hat dieser nach den allgemeinen Beweislastregeln zu beweisen.

Anders liegt es grundsätzlich beim Verwahrungsvertrag. Hier richtet sich die Beweislastverteilung nach § 282 BGB, solange eine Rückgabepflicht besteht. Eine Rückgabepflicht besteht aber auch nach Ablauf des Vertrags als Abwicklungspflicht fort. Allerdings entfällt die Obhutspflicht, eine Haftung kommt also nur noch wegen Tuns in Frage. Auch tritt bei Annahmeverzug die Haftungsbeschränkung des § 300 BGB ein.

Diese materiellrechtlichen Erleichterungen für den Schuldner berühren jedoch die Beweislastverteilung bis zur Erfüllung der Rückgabepflicht nicht.

Es ist daher zu fragen, wann die Rückgabepflicht als erfüllt anzusehen ist. Dabei ist zwischen Sammelgaragen und Parkplätzen¹³⁷⁾ zu unterscheiden.

Bei S a m m e l g a r a g e n werden die Fahrzeuge in aller Regel auf unbestimmte Zeit in Verwahrung genommen, d.h. der Vertrag dauert an, solange sich das Fahrzeug in der Sammelgarage befindet. Ist jedoch eine feste Verwahrungsdauer vereinbart worden, so liegt eine Erfüllung der Rückgabepflicht erst dann vor, wenn der Absteller das Fahrzeug zurückerhalten hat oder es durch Zwangsvollstreckung oder Selbsthilfeverkauf aus der Sammelgarage entfernt worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist somit § 282 BGB anwendbar. Das ist nicht unbillig, da der Benutzer andererseits Ansprüchen des Unternehmers aus Verzug und gegebenenfalls auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung ausgesetzt ist.

136) Haftung für eigenes Tun besteht weiter, wie beim Mietvertrag, vgl. oben, S.125 ff.

137) Bei Parkhäusern kommt Verwahrung nicht vor, vgl. oben

Anders ist, entgegen der Ansicht von Neumann-Duesberg, die Lage bei Parkplätzen. Neumann-Duesberg meint¹³⁸⁾, wenn der Parkplatz-Abstellvertrag als Verwahrungsvertrag anzusehen sei, führe dies dazu, daß der Unternehmer wegen der fortbestehenden Rückgabepflicht auch für Beschädigung und Abhandenkommen des Fahrzeugs nach Ablauf des Vertrages verantwortlich sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar ist der Ausgangspunkt richtig, daß grundsätzlich die Rückgabepflicht auch nach Ablauf des Vertrags besteht¹³⁹⁾. Für den Parkplatz-Abstellvertrag ist aber davon auszugehen, daß die Rückgabe des Fahrzeugs im Regelfall bereits mit Vertragsablauf geschieht.

Der Regelfall des Ablaufes eines Parkplatz-Abstellvertrages ist der, daß nach Verstreichen der vereinbarten Bewachungszeit das Personal den Parkplatz verläßt, so daß die noch vorhandenen Fahrzeuge sich selbst überlassen bleiben. Damit hat der Unternehmer den Alleinbesitz an den Fahrzeugen aufgegeben, da es ihm sowohl an der tatsächlichen Sachherrschaft wie auch an dem Willen fehlt, diese auszuüben. Unmittelbarer Besitzer des Fahrzeugs ist gemäß § 854 Abs.2 BGB wieder der Benutzer geworden. Denn nach der Verkehrsauffassung hat er nun wieder die tatsächliche Gewalt an dem Fahrzeug inne, da er als Besitzer des Schlüssels ohne weiteres damit davonfahren kann. Die Lage unterscheidet sich nunmehr in nichts von der beim Abstellen eines Kraftfahrzeugs auf einer öffentlichen Straße, bei der anerkanntermaßen der Kraftfahrer Besitzer des Fahrzeugs ist¹⁴⁰⁾. Die Einigung über die Rückgabe erfolgt bereits bei Vertragsschluß, da sich beide Parteien darüber einig sind, daß das Fahrzeug nach Vertrags-

138) VersR 68,314.

139) vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 54.

140) Baur, § 7 B II 1 a aa.

schluß sich selbst überlassen bleiben soll.

Erfolgt somit die Rückgabe beim Parkplatz-Abstellvertrag mit dessen Ablauf, so ist die Rückgabepflicht erfüllt und die Beweislastregelung des § 282 BGB nicht mehr anwendbar.

Ist strittig, ob der Schaden während oder nach Ablauf der Dauer des Verwahrungsvertrages eingetreten ist, so trifft, wie beim gemischten Vertrag, nach den allgemeinen Beweislastgrundsätzen die Beweislast für Schadenseintritt von Vertragsablauf den Benutzer.

Dritter Abschnitt

Die Regelung des Vertragsinhaltes durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Sowohl beim Betrieb von Parkplätzen wie auch beim Betrieb von Parkhäusern und Sammelgaragen ist die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) üblich.^{140a)} Die AGB enthalten Regelungen von unterschiedlichem Gewicht. Neben Bestimmungen, die mehr den technischen Ablauf des Benutzungsvorgangs betreffen, stehen solche von ausschlaggebender Bedeutung für die Rechte und Pflichten der Parteien. Nur auf diese letzteren soll im folgenden eingegangen werden.

Einheitliche Geschäftsbedingungen gibt es weder bei Parkplätzen noch bei Sammelgaragen noch bei Parkhäusern. Jedoch finden sich wiederkehrende, typische Regelungen, die den besonderen Gegebenheiten und Interessen des Kraftfahrzeugabstellvertragsverhältnisses Rechnung tragen. Die wichtigsten dieser Regelungen sind:

- I. Die Regelungen über den Parkschein.
- II. Bestimmungen über den Vertragscharakter und die Übernahme von Obhutspflichten.
- III. Haftungsausschluß und -begrenzungsklauseln
- IV. Gewährung von Versicherungsschutz.

Sie sollen im folgenden näher dargestellt werden.

^{140a)} Zur Frage, wie diese Vertragsinhalte werden, siehe oben, 1. Teil, 2. Abschnitt (S. 46 ff.).

I. Die Regelungen über den Parkschein

Eine erste typische, im Gesetz nicht vorgesehene, in der Praxis aber übliche Regelung ist die, daß der Benutzer einen "Parkschein" erhält, der eine vielseitige Funktion hat¹⁴¹⁾. In den AGB findet sich dazu regelmäßig eine Bestimmung, die besagt, daß der Benutzer nur gegen Rückgabe des Parkscheins befugt sei, das abgestellte Fahrzeug abzuholen bzw. herauszuverlangen¹⁴²⁾.

Es fragt sich, welche rechtliche Bedeutung dem Parkschein zukommt.

Er gehört zu den Kleinurkunden des Alltags, welche verschiedene rechtliche Bedeutungen haben können¹⁴³⁾: Sie können Inhaberverpflichtungszeichen i.S. von § 807 BGB sein. Dann ist der Aussteller grundsätzlich jedem Inhaber zur Leistung verpflichtet.

Sie können ferner qualifizierte Legitimationszeichen sein: Der Aussteller braucht nur gegen Vorlegung der Urkunde zu leisten (vgl. § 808 BGB). Daß der Name des Berechtigten genannt wird, ist aber nicht erforderlich¹⁴⁴⁾. Nicht jeder Inhaber der Urkunde kann die Leistung verlangen, der Schuldner wird jedoch durch Leistung an jeden Inhaber befreit.

Einfache Legitimationszeichen sind die Kleinurkunden, wenn der Schuldner durch Leistung an jeden Inhaber befreit wird, der wahre Berechtigte aber auch ohne Vorlegung der Urkunde die Leistung verlangen kann¹⁴⁵⁾.

141) Zur Bedeutung des Parkscheins für Vertragsschluß, AGB, und Versicherung, sowie hinsichtlich seiner sonstigen Funktionen siehe auch I. Teil, 1. Abschnitt, II, 1 (S. 19).

142) Typische Formulierung: "Die Aushändigung des abgegebenen Kraftwagens erfolgt nur gegen Rückgabe dieses Scheines..."

143) vgl. Esser, Schuldrecht II, § 89 V; Larenz, Schuldrecht II, § 66 VII.

144) Larenz, Schuldrecht II, § 66 VII b.

145) Hueck, Recht der Wertpapiere, § 27 I 2.

Schließlich kann es sich bei den Kleinurkunden auch um reine Beweismittel handeln, die es dem Gläubiger erleichtern sollen, seine Forderung zu beweisen¹⁴⁶⁾.

Zu welcher dieser Gruppen eine Kleinurkunde zu rechnen ist, muß jeweils nach den Umständen des Einzelfalles ermittelt werden¹⁴⁷⁾.

Bei Einordnung des Parkscheines in eine der angegebenen Gruppen ist zunächst festzustellen, daß es sich jedenfalls nicht um ein reines Beweismittel handelt. Zwar soll grundsätzlich nur der Absteller das Fahrzeug abholen oder zurückerhalten dürfen. Bei dem Massenbetrieb auf Parkplätzen, in Parkhäusern und Sammelgaragen fehlt es aber dem Unternehmer an der Möglichkeit, immer genau zu überprüfen, ob der Abholende mit dem Absteller identisch ist. Der Unternehmer muß daher darauf vertrauen dürfen, daß der Überbringer des Scheines berechtigt ist, das abgestellte Fahrzeug in Empfang zu nehmen. Aus diesen Umständen ergibt sich, daß dem Parkschein Legitimationswirkung zukommt, d.h., der Unternehmer erfüllt seine Leistungs- und Sorgfaltspflicht, wenn er das Fahrzeug an den Inhaber des Parkscheins herausgibt, bzw. duldet, daß dieser es abholt. Reinen Beweismitteln kommt aber Legitimationswirkung nicht zu.

Unzweifelhaft ist der Parkschein auch kein Inhaberverpflichtungszeichen i.S. von § 807 BGB. Die geschilderte Interessenlage erfordert keineswegs, daß jeder Inhaber des Parkscheines die Leistung verlangen kann. Die Interessen des Unternehmers erfordern nur, daß der Unternehmer an den Inhaber des Parkscheins leisten darf, aber nicht, daß er leisten muß. Auch die Interessen des Benutzers erfordern dies nicht. Im Gegenteil, es liegt im Interesse des Benutzers, daß der Parkschein nicht als Inhaberzeichen qualifiziert wird. Denn im letzteren Fall könnte ein unberechtigter Inhaber des Parkscheins das Fahrzeug herausverlangen, ohne daß der Unternehmer berechtigt

146) Erman-Hense, § 807 RandNr.5

147) Erman-Hense, § 807 RandNr.2

wäre, das Recht des Parkscheininhabers nachzuprüfen und gegebenenfalls die Herausgabe zu verweigern. Dem Unternehmer diese Prüfungsmöglichkeit abzuschneiden, würde das Recht des Benutzers gefährden. Dazu besteht aber kein berechtigter Anlaß.

Der Parkschein ist somit als Legitimationspapier anzusehen, und zwar nicht als qualifiziertes, sondern ebenso wie ein Gepäckschein oder eine Garderobenmarke¹⁴⁸⁾ als einfaches: Wenn der Benutzer zwar den Parkschein nicht hat, aber seine Berechtigung anderweitig nachweisen kann, besteht kein Grund, dem Unternehmer das Recht zu gewähren, die Herausgabe zu verweigern.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Der Parkschein ist ein einfaches Legitimationspapier¹⁴⁹⁾. Der gutgläubige Unternehmer wird durch Leistung an den Parkscheininhaber befreit. Der Benutzer kann sein Recht auch ohne Parkschein geltend machen.

II. Bestimmungen über den Vertragscharakter und die Übernahme von Obhutspflichten

AGB von Parkbetrieben enthalten häufig Regelungen über den Vertragscharakter und die Frage, ob Obhutspflichten übernommen werden oder geben dem geschlossenen Vertrag eine Bezeichnung, ohne daran ausdrücklich normative Folgen zu knüpfen.

So findet sich in den Bedingungen von Parkplätzen die Bezeichnung "Wachevertrag" oder "Verwahrungsvertrag" (a).

In Parkhausbedingungen findet sich regelmäßig eine Bestimmung, die besagt, daß Gegenstand des Vertrages ausschließlich die

148) Larenz II, S.294.

149) so auch Mäding, DAR 51,18; Voigt, Der Versicherungskaufmann, 1971, Heft 1, Seite 16;
Die pflichtwidrige Ausnutzung einer an sich gegebenen Legitimationswirkung macht den Unternehmer schadensersatzpflichtig, vgl. Enneccerus-Lehmann, § 89 V 2 a.E.

Vermietung eines Abstellplatzes sei, daß aber weder Bewachung noch Verwahrung geschuldet werde, noch Obhutspflichten übernommen würden (b).

Entsprechende Bestimmungen finden sich auch in den AGB von Sammelgaragen (c).

Z u (a): Die Frage ist, ob solchen Bezeichnungen überhaupt ein normativer Gehalt zukommt in dem Sinn, daß aus ihnen bestimmte Rechte oder Pflichten der Parteien herzuleiten wären.

Aus einer Bezeichnung als solcher können keine Rechte und Pflichten folgen. Denn Entstehungsgrund vertraglicher Rechte und Pflichten ist nur die Vereinbarung der Parteien, nicht aber die Bezeichnung dieser Vereinbarung durch die Parteien. Wenn feststeht, daß eine Vereinbarung geschlossen wurde, aber deren Inhalt unklar ist, dann kann die Bezeichnung als Indiz für die Auslegung der Vereinbarung herangezogen werden.

Stehen andererseits Rechte und Pflichten von vorneherein fest, weil eine klare Vereinbarung darüber vorliegt, so kann aus der Bezeichnung der Vereinbarung nichts entnommen werden. Insbesondere gilt dann ergänzend das Recht des gesetzlichen Vertragstypus, unter welchen der Vertrag seinem Inhalt nach zu subsumieren ist, nicht aber das des Typus, mit dessen allgemeiner namentlicher Bezeichnung die Parteien die konkrete Vereinbarung bezeichnet haben¹⁵⁰⁾.

Die Bezeichnungen "Wachevertrag" und "Verwahrungsvertrag" sind somit nicht mehr als Indizien dafür, daß der Unternehmer eine Obhutspflicht übernimmt. Es steht aber nicht fest, daß ein Verwahrungsvertrag i.S. von § 688 BGB zustandegekommen ist. Dies hängt vielmehr ausdrücklich davon ab, ob die Vereinbarung die Tatbestandsmerkmale des § 688 BGB erfüllt, insbesondere also davon, ob das Fahrzeug "übergeben" wurde. Man kann nicht etwa aus der Bezeichnung "Verwahrungsvertrag" folgern, daß der Besitz übergegangen sei. Der Besitz ist ein t a t s ä c h -

150) vgl. RG JW 13,639; RGZ 108,371; Staudinger-Kaduk, Einl. zu § 305, RandNr.67

l i c h e s Herrschaftsverhältnis. Ob er übergegangen ist, kann daher nur nach der t a t s ä c h l i c h e n Lage beurteilt werden.

Wie an anderer Stelle¹⁵¹⁾ ausgeführt wurde, kann für den Parkplatz-Abstellvertrag mit Obhutspflicht des Unternehmers nicht generell gesagt werden, daß es sich in allen Fällen um ein und denselben Vertragstypus handelt, sondern es kommt auf die im Einzelfall getroffene Vereinbarung an. Nur wenn die Auslegung dieser ein "non liquet" ergibt, was allerdings kaum denkbar ist, kommt der Bezeichnung Bedeutung zu.

Z u (b): Wie oben¹⁵²⁾ ausgeführt wurde, ist der Parkhaus-Abstellvertrag seiner Rechtsnatur nach ein Mietvertrag, aus dem keine Obhutspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter folgt. Nichts anderes aber besagen auch die unter (b) aufgeführten Bestimmungen. Ihnen kommt daher keine eigenständige, konstitutive Bedeutung zu. Ihre Funktion ist vielmehr klarstellender Art, da sie eine unmißverständliche Regelung schaffen und die angesichts vorhandener abweichender Beurteilungen der Rechtsnatur des Parkhausvertrages¹⁵³⁾ bestehende Gefahr der Annahme einer Obhutspflicht durch die Gerichte ausschalten. Inhaltlich bestehen gegen sie keine Bedenken.

Z u (c): Es wurde bereits dargelegt¹⁵⁴⁾, daß den Sammelgaragenunternehmer eine gesetzliche Obhutspflicht hinsichtlich abgestellter Fahrzeuge trifft. Es ist die Frage, ob diese gesetzliche Pflicht durch AGB-Bestimmungen abbedungen werden kann. Wie heute anerkannt ist, unterliegen AGB nicht nur den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit, sondern es gelten besondere engere Wirksamkeitsgrenzen. Bestimmungen, die in AGB enthalten sind, können unwirksam sein, obwohl sie, individuell ausgehandelt, wirksam wären¹⁵⁵⁾. Die Wirksamkeits-

151) oben 2. Teil, 1. Abschnitt, I, 2 u. 3 (S. 80 ff.).

152) siehe 2. Teil, 1. Abschnitt, III. (S. 92 ff.).

153) vgl. etwa Palandt-Putzo, vor § 535 Anm. 5; Ruhkopf, VersR 67, 10.

154) siehe 2. Teil, 1. Abschnitt, II. (S. 89 ff.).

155) vgl. Schmidt-Salzer, NJW 71, 1611.

grenze wird in Rechtsprechung und Literatur mit den verschiedensten Formulierungen umschrieben¹⁵⁶⁾, die sich in ihrem sachlichen Kern, aber weitgehend decken: AGB sind nur wirksam, wenn sie sachlich angemessen¹⁵⁷⁾ sind. Sachlich angemessen sind sie jedenfalls dann nicht, wenn sie die berechtigten Interessen des Kunden nicht ausreichend berücksichtigen¹⁵⁸⁾.

Die Begriffe des Angemessen-Seins, der berechtigten Interessen und des ausreichenden Berücksichtigens sind dabei unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch Bestimmung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen ausgefüllt werden müssen¹⁵⁹⁾.

Hinsichtlich dieser Grundsätze besteht in Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen Einigkeit. Ob sie sich aus § 138 BGB¹⁶⁰⁾, aus § 242 BGB¹⁶¹⁾, aus § 315 BGB¹⁶²⁾, aus dem Gedanken, der Kunde akzeptiere nur billige Bedingungen¹⁶³⁾, oder aus richterlicher Fortbildung des Zivilrechts¹⁶⁴⁾ als Folge einer vom Leitbild des Gesetzgebers - frei ausgehandelter

156) vgl. die instruktive Zusammenstellung bei Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 125.

157) Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 126 ff. will daneben auf das Kriterium der Üblichkeit abstellen. Er sieht Klauseln die für den betreffenden Wirtschaftszweig oder Vertragstyp unüblich sind, als unwirksam an, gleichgültig, ob sie sachlich gerechtfertigt sind oder nicht (TZ 128). Dagegen bestehen Bedenken. Es ist nicht einzusehen, warum eine unübliche aber angemessene AGB-Klausel unwirksam sein soll. Allerdings spielt auch nach Schmidt-Salzer's Auffassung das Kriterium der Üblichkeit keine große praktische Rolle (Schmidt-Salzer, NJW 71,1012). Hier kann die Frage, ob ein Unwirksamkeitskriterium der Unüblichkeit anzuerkennen ist, dahinstehen, da nur übliche Regelungen behandelt werden.

158) Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 126.

159) ähnlich Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 135.

160) so Weber, NJW 58,5 ff.; DB 71,132 ff.

161) vgl. etwa Ludwig Raiser, Karlsruher Forum, 1965, 3 f.

162) vgl. Lukes, NJW 63,1897 ff.

163) vgl. dazu Weber, AGB, NJW 289

164) dazu Schmidt-Salzer, NJW 71,1011; Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI 4 (S.1011).

Vertrag, Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus¹⁶⁵⁾ - abweichenden Entwicklung der rechtssozialen Verhältnisse herleiten läßt¹⁶⁶⁾, bedarf daher an dieser Stelle keiner Erörterung.

Die unter (c) aufgeführten Bestimmungen sind somit unwirksam, wenn sie berechnigte Interessen des Benutzers nicht ausreichend berücksichtigen.

Indem der Benutzer dem Unternehmer den Schlüssel seines Fahrzeugs übergibt, begibt er sich der tatsächlichen Verfügungsgewalt über das Fahrzeug und damit jeder Möglichkeit, für das Fahrzeug durch eigene Maßnahmen Vorsorge zu treffen. Der Benutzer hat daher ein Interesse daran, daß durch Maßnahmen des Unternehmers, auf den die Verfügungsgewalt übergegangen ist, die Obhut über das Fahrzeug gewährleistet wird. Dem steht das gegensätzliche Interesse des Unternehmers gegenüber, keine Obhut übernehmen zu müssen, da sie Arbeit, Kosten und ein Haftungsrisiko mit sich bringt. Das Interesse des Benutzers ist jedoch wesentlich höher zu bewerten als das des Unternehmers, da sich der Benutzer im Interesse des Unternehmers jeder Fürsorgemöglichkeit beraubt hat. Denn die Schlüsselübergabe geschieht zum Vorteil des Unternehmers, der dadurch in die Lage versetzt wird, mit den Fahrzeugen zu rangieren und auf diese Weise mehr Fahrzeuge unterzubringen, als er es bei Absperrung der Fahrzeuge durch den Benutzer könnte. Verschafft sich aber der Unternehmer die Vorteile der Sachherrschaft, so ist es billig, daß er auch die Nachteile und Risiken dieser Sachherrschaft trägt und nicht auf den Benutzer abwälzt. Die einzig angemessene Folgerung daraus ist, daß der Unternehmer zur Obhut verpflichtet ist¹⁶⁷⁾. Ist die Obhutspflicht aber die angemessene und gerechte Folge aus der Interessenslage, so ist damit gleichzeitig gesagt, daß AGB-Bestimmungen, die sie abdingen, unangemessen und daher unwirksam sind. Die Obhutspflicht bei Sammelgaragen ist somit zwingendes Recht.

165) vgl. dazu Schmidt-Salzer, NJW 71,5 ff. und 173 ff.

166) vgl. zur Diskussion Gottfried Raiser, Formularbedingungen, S. 25 ff.

167) siehe auch oben 2.Teil, 1.Abschnitt,II (S.89 ff.).

III. Bestimmungen über Ausschluß und Begrenzung der Haftung

In den AGB von Parkplätzen, Parkhäusern und Sammelgaragen finden sich regelmäßig Klauseln, welche die Haftung des Unternehmers entweder völlig ausschließen oder summenmäßig oder gegenständlich begrenzen.

Häufig beschafft der Unternehmer den Benutzern dafür Versicherungsschutz gegen Beschädigung und Verlust des abgestellten Fahrzeuges, indem er mit einem Versicherungsunternehmen einen Sachversicherungsvertrag zugunsten des Benutzers abschließt¹⁶⁸⁾.

Eine andere Form der Verkoppelung von Haftungsbegrenzung und Versicherung ist die, daß der Unternehmer seine Haftung auf

168) Einige Beispiele für Formulierungen:

- (1) "Das eingestellte Fahrzeug und das persönliche Gepäck ist gegen Beschädigung, Zerstörung und Verlust mit einer Versicherungssumme von DM 15000.- für jedes Fahrzeug bei derversichert. Über die Leistung des Versicherers hinaus besteht keine Haftung." (Bewachter Parkplatz).
- (2) "...Die zur Bewachung übergebenen Fahrzeuge sind nach Maßgabe der Verordnung über das Bewachungsgewerbe.... zu den nachstehenden allgemeinen Bedingungen für die Fahrzeug- und Gepäckversicherung von Fahrzeug-Bewachungsunternehmen bei der ...versichert... Mit dem Zustandekommen des Verwahrungsvertrages durch Annahme dieses Parkscheines vereinbaren der Fahrzeughalter und der ... Bewachungsdienst den Ausschluß der persönlichen Haftung des ... (Bewachungsdienstes) und seiner Angestellten. Das Bewachungspersonal kann die Haftung nicht erweitern." (Bewachter Parkplatz).
- (3) "Mit dem Zustandekommen des Wachevertrages durch Annahme dieses Wachescheines vereinbaren der Fahrzeugabsteller und das Wacheunternehmen den Ausschluß der persönlichen Haftung des Wacheunternehmers und für dessen Angestellte. Das Fahrzeug ist deshalb mit seinem Inhalt während der Dauer des Wachevertrages auf Grund eines von dem Wacheunternehmer mit der ... abgeschlossenen Versicherungsvertrages zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Fahrzeug- und Gepäckversicherung von Landfahrzeug-Bewachungsunternehmen versichert." (Bewachter Parkplatz).
- (4) "Das eingestellte Fahrzeug und unter Umständen auch sein Inhalt sind nach Maßgabe der im Parkhaus aushängenden Versicherungsbedingungen bei der ... versichert. Über die Leistung des Versicherers hinaus besteht keine Haftung." (Parkhaus).

die Leistung seiner Haftpflichtversicherung begrenzt. Diese Haftungsbegrenzung ist einer Haftungsbegrenzung ohne Haftpflichtversicherung gleichzustellen, da es dem Benutzer gleichgültig sein kann, ob, soweit er Ersatz erhält, dieser vom Unternehmer oder von dessen Haftpflichtversicherung herrührt. Soweit der Benutzer keinen Ersatz erhält, braucht es ihn gleichfalls nicht interessieren, ob eine Haftpflichtversicherung beteiligt ist oder nicht, da dies die Angemessenheit oder Unangemessenheit einer Haftungsbegrenzung nicht berührt. Das Bestehen einer Haftpflichtversicherung kann daher für die folgenden Ausführungen außer Betracht bleiben.

1. § 276 Abs.2 BGB als Wirksamkeitsgrenze von Haftungs-
begrenzungs- und -ausschlußklauseln

Bei der Frage nach den Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsausschluß- und -begrenzungsklauseln ist zunächst auf die Vorschrift des § 276 Abs.2 BGB zu verweisen, nach welcher dem Schuldner die Haftung für Vorsatz nicht im voraus erlassen werden kann. Ihr wird bei Formulierung der Klauseln häufig nicht Rechnung getragen¹⁶⁹⁾, was geeignet ist, beim rechtsunkundigen Publikum den Eindruck zu erwecken, daß auch die Haftung für Vorsatz ausgeschlossen sei. § 276 Abs.2 ist seinem Wortlaut nach zwingendes Recht. Die gegen diese Vorschrift verstoßenden Klauseln in AGB sind daher unwirksam, § 134 BGB.

2. Die Bewachungsverordnung als Wirksamkeitsgrenze von
Haftungsausschluß- und -begrenzungsklauseln

Eine weitere zwingende gesetzliche Begrenzung von Haftungsausschlußklauseln ergibt sich aus der Verordnung über das Bewachungsgewerbe vom 22.11.63 (BGBI. I 846), geändert durch Verordnung vom 14.4.67 (BGBI. I 481) und vom 26.2.71 (BGBI. I 151), für die Fälle, in denen abgestellte Kraftfahrzeuge gewerbsmäßig

169) vgl. die Beispiele in Anm.168

bewacht werden: Nach § 2 Abs.4 S.2 der BewV ist der Gewerbetreibende, der für den Auftraggeber nur Landfahrzeuge oder Landfahrzeuge einschließlich mitgeführter Gegenstände bewacht, verpflichtet, dem Auftraggeber bei einem im Geltungsbereich der BewV zugelassenen Versicherer Versicherungsschutz gegen Beschädigung und Abhandenkommen der bewachten Fahrzeuge zu verschaffen. Die Versicherung muß sich auch auf Gegenstände erstrecken, die der Auftraggeber oder seine Fahrgäste oder der Fahrzeugführer zum persönlichen Bedarf in oder am Fahrzeug mit sich führen, soweit eine Gepäckversicherung auf Grund der allgemeinen Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung (AKB) Ersatz leisten würde. Der Versicherungsvertrag muß den Versicherungsschutz auch für den Fall vorsehen, daß der Gewerbetreibende oder eine in seinem Betrieb beschäftigte Person den Versicherungsfall durch grobe Fahrlässigkeit herbeiführt (§ 2 Abs.4 S.4 BewV). Die Mindesthöhe der Versicherungssumme je Fahrzeug einschließlich der mitgeführten Gegenstände beträgt bei Personen- und Lieferkraftwagen einschließlich der Anhänger DM 15 000.-, bei Omnibussen und Lastkraftwagen einschließlich der Anhänger DM 60 000.-. Nach § 2 Abs.4 S.6 BewV kann jedoch vereinbart werden, daß der Versicherer für mitgeführte Gegenstände im Rahmen der Versicherungssumme nur für einen Höchstbetrag einzutreten hat, der bei Personen- und Lieferkraftwagen einschließlich der Anhänger DM 2000.-, und bei Omnibussen und Lastkraftwagen einschließlich der Anhänger DM 10 000.- nicht unterschreiten darf.

Nach § 3 Abs.1 S.1 BewV darf nun die Haftung aus der Bewachungstätigkeit nur bis zur Mindesthöhe der Versicherungssumme beschränkt werden. Allerdings können nach § 3 Abs.1 S.2 für die Geltendmachung von Ansprüchen Ausschußfristen vereinbart werden. Außerdem kann nach § 3 Abs.2 die Haftung auch insoweit ausgeschlossen werden, als der Versicherer tatsächlich leistet.

§ 3 BewV stellt ein gesetzliches Verbot i.S. von § 134 BGB dar¹⁷⁰⁾. Haftungsausschlüsse und -begrenzungen, die dagegen verstoßen, sind daher nichtig.

170) Hoffmann-Jannssen-Krautschneider, § 3 Anm.II 3 (S.126).

Zu beachten ist allerdings, daß die BewV nur für die g e - w e r b s m ä ß i g e B e w a c h u n g von Kraftfahrzeugen gilt. "Bewachung" in diesem Sinn ist nur eine aktive, tätige Obhutgewährung¹⁷¹⁾, nicht z.B. das Abstellen eines Fahrzeugs in einem allseitig umschlossenen, versperrten Raum, in den schon aus baulichen Gründen nicht jedermann gelangen kann. "Bewachung" i.S. der BewV liegt ferner nur vor, wenn die Obhutgewährung eine vertragliche H a u p t l e i s t u n g darstellt¹⁷²⁾, so bei bewachten Parkplätzen¹⁷³⁾, u.U. auch bei Sammelgaragen. Bei unbewachten Parkplätzen und bei Parkhäusern ist die BewV nicht anwendbar, da hier nur ein Mietvertrag ohne Obhutspflicht geschlossen wird.

3. Das Angemessenheitskriterium als Wirksamkeitsgrenze von Haftungsausschluß- und -begrenzungsklauseln

Neben § 276 Abs.2 BGB und § 3 BewV finden Haftungsausschluß- und -begrenzungsklauseln eine dritte Wirksamkeitsgrenze im Angemessenheitskriterium.

Die Frage nach der Angemessenheit von Haftungsausschluß- und -begrenzungsklauseln ist dabei hier zweifach zu prüfen: Zum einen hat die Rechtsprechung unter Billigung der Literatur generelle Einschränkungen entwickelt, die auch für Parkbetriebshaftungsausschlüsse gelten (a). Zum anderen ist aber auch jede typische Haftungsausschluß- und -begrenzungsklausel über die Geltung der unter (a) erwähnten Einschränkung hinaus auf ihre Angemessenheit und Wirksamkeit zu untersuchen (b).

a. In Konkretisierung des Angemessenheitskriteriums hat die Rechtsprechung den Satz aufgestellt, daß Haftungsausschlußklauseln wie auch Haftungsbegrenzungsklauseln insoweit unwirksam sind, als sie auch die Haftung des Unternehmers für eigenes

171) Hoffmann-Janssen-Krautschneider, S.23.

172) Hoffmann-Janssen-Krautschneider, S.23.

173) Hoffmann-Janssen-Krautschneider, S.21.

g r o b e s V e r s c h u l d e n oder das leitender Angestellter ausschließen¹⁷⁴⁾. Dieser Satz gilt für Haftungsausschlußklauseln generell, somit auch für Haftungsausschlußklauseln von Parkbetrieben¹⁷⁵⁾.

Wichtigster Fall der eigenen Haftung des Unternehmers ist die Haftung für mangelhafte Organisation und Kontrolle des Geschäftsbetriebs durch diesen. Dies ist gerade bei Parkbetrieben von praktischer Bedeutung.

Der Ausschluß der Haftung anderer als leitender Angestellter ist nicht generell unangemessen¹⁷⁶⁾. Es kommt hier auf eine Überprüfung der Interessenlage im Einzelfall an.

b. Bei Prüfung der Angemessenheit von Parkbetrieb-Haftungsausschlüssen und -begrenzungen sind zweckmäßigerweise mehrere Gruppen zu unterscheiden, nämlich Haftungsausschlüsse und -begrenzungen bei gleichzeitiger Gewährung von Sachversicherungsschutz (aa), Haftungsausschlüsse ohne Gewährung von Sachversicherungsschutz (bb) und Haftungsbegrenzungen ohne Gewährung von Sachversicherungsschutz (cc).

aa. Haftungsausschlüsse bei gleichzeitiger Gewährung von Sachversicherungsschutz sind vor allem bei Unternehmen anzutreffen, die unter die BewV fallen und daher zum Abschluß einer Sachverpflichtung verpflichtet sind. Sie finden sich aber auch in Parkhäusern und Sammelgaragen.

174) ständige Rechtsprechung, vgl. RGZ 102,397; BGHZ 20,167 f.; BGHZ 38,185; BGH NJW 68,1720; 70,2023. Siehe auch unten

vgl. dazu Gottfried Raiser, Formularbedingungen, S.161. Raiser fordert, daß gegenüber den nicht kaufmännischen Kunden ein formularmäßiger Haftungsausschluß schon im Fall unternehmereigener leichter Fahrlässigkeit nicht geduldet werden solle, außer wo der Kunde ohnehin gegen möglichen Schaden versichert war oder ihm bei Vertragschluß dies möglich war oder der Unternehmer ganz außergewöhnliche Gefahren übernehme. Ähnlich Bydlinski, Privatautonomie, S.215 f.

175) vgl. BGH NJW 68,1720 und unten bb. (S.146 ff.).

176) BGH NJW 68,1720.

Haftungsausschlüsse bei gleichzeitiger Gewährung von Sachversicherungsschutz nach Maßgabe der BewV sind nicht unangemessen¹⁷⁷⁾. Sie entlasten den Unternehmer von dem im Verhältnis zu den pro abgestelltes Fahrzeug erzielten Einnahmen unverhältnismäßig hohem Schadensrisiko.

Den Interessen des Benutzers andererseits wird angemessen Rechnung getragen. Die Sachversicherung deckt sowohl von den Versicherungssummen wie auch von den Versicherungsbedingungen her im Regelfall die eingetretenen Schäden voll. In Ausnahmefällen kann allerdings der Benutzer seinen gesamten Schaden nicht ersetzt erhalten, weil dieser die Versicherungssumme überschreitet oder nach den Versicherungsbedingungen nicht gedeckt ist (so etwa bei Vermögensschäden infolge Versäumen eines Termins wegen Beschädigung des Fahrzeugs oder Beschädigung von Handelsware). Diesem Nachteil für den Benutzer steht aber der Vorteil gegenüber, daß er auch für Schäden Ersatz verlangen kann, die n i c h t von dem Unternehmer v e r - s c h u l d e t worden sind, ferner, daß sein Mitverschulden - von grober Fahrlässigkeit abgesehen - die Leistung des Versicherers nicht verringert. Als Nachteil mag es erscheinen, daß der Benutzer über den Preis die Versicherungsbeiträge des Unternehmers zu finanzieren hat. Würde aber der Unternehmer keine Versicherung abschließen, so müßte er sich anderweitig, etwa durch eigene Rücklagen gegen Schadensrisiken absichern. Die Kosten dieser "Selbstversicherung" müßte aber gleichfalls der Benutzer über den Preis tragen, wobei indessen nicht gewährleistet wäre, daß die Selbstversicherung ausreichend ist.

bb. Haftungsausschlüsse ohne Gewährung von Sachversicherungsschutz werden nur von Parkbetrieben verwendet, die der BewV nicht unterliegen, wie Parkhäuser, unbewachte Parkplätze und manche Sammelgaragen.

Haftungsausschlüsse von S a m m e l g a r a g e n sind bis-

177) RGSeuffA 85, Nr.172, S.325. OLG Hamburg, MDR 67,771 f.; OLG München, WM 69,510; BGH, NJW 72,150; NJW 68,1720.

her, soweit ersichtlich, in drei Entscheidungen für ganz oder teilweise unwirksam erklärt worden.

Zwei dieser Entscheidungen wurden vom Kammergericht getroffen¹⁷⁸⁾. In beiden Fällen wurde aus einer Sammelgarage ein Fahrzeug entwendet. Im ersten Fall¹⁷⁹⁾ wurde dies dadurch ermöglicht, daß der Unternehmer die Sammelgarage samt den nicht abgesperrten Fahrzeugen mehrere Stunden hindurch völlig ohne Aufsicht ließ, im zweiten Fall¹⁸⁰⁾ dadurch, daß der einzige anwesende Angestellte, der die Einfahrt zu bewachen hatte, außerdem noch die in zwei Reihen geparkten Fahrzeuge zu rangieren hatte und daher häufig die Einfahrt nicht bewachen konnte. Der Kraftfahrer erhielt in beiden Fällen auf Grund einer von ihm abgeschlossenen Kaskoversicherung seinen Schaden von der Versicherungsgesellschaft ersetzt. Diese machte den gemäß § 67 VVG auf sie übergegangenen Schadensersatzanspruch des Benutzers geltend. Der Unternehmer berief sich auf eine Klausel seiner AGB, die jede Haftung mit Ausnahme der gesetzlichen Haftung für eigenen Vorsatz ausschloß. Das Kammergericht entschied, daß sich die Klausel nicht auf grobe Fahrlässigkeit erstrecke. Dies wurde damit begründet, daß ein Haftungsausschluß für schuldhaftes Handeln des Garagenvermieters nur zulässig sei, wenn sich der Mieter durch Abschluß einer Versicherung gegen eine schuldhafte Schädigung seitens des Vermieters sichern könne; andernfalls werde dem Mieter ein unverhältnismäßig hohes Opfer auferlegt. Ein solches Opfer liege vor, wenn als Folge des Haftungsausschlusses die Versicherungsansprüche des Mieters aus seiner Kaskoversicherung gefährdet seien. Bei einem Ausschluß der Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit sei das der Fall. Denn der Versicherer werde durch den Haftungsausschluß seiner Regreßmöglichkeit gegen den Schädiger beraubt und sei daher in entsprechender Anwendung der

178) KG VersR 62,530 mit zust. Anm. Sprenger und VersR 68,440.

179) KG VersR 62,530.

180) KG VersR 68,440.

§§ 61,67 Abs.1 S.3 VVG von der Leistungspflicht befreit. Das Kammergericht bejahte in beiden Fällen grobe Fahrlässigkeit und gab daher der Klage statt.-

Die beiden Entscheidungen sind ein Anwendungsfall, der oben erwähnten in der Rechtsprechung entwickelten Regel, daß Haftung für grobes Verschulden des Unternehmers und seiner leitenden Angestellten nicht durch AGB ausgeschlossen werden kann. Grobe Fahrlässigkeit wurde dabei in beiden Fällen zu Recht angenommen. Zumindest im Fall des überlasteten Angestellten handelte es sich um ein Organisationsverschulden des Unternehmers. Mit seinen zutreffenden versicherungsrechtlichen Ausführungen entkräftet das Kammergericht den theoretischen Einwand, die Haftungsausschlußklausel sei angemessen, weil der Benutzer versichert sei, indem es nachweist, daß die Versicherung bei Wirksamkeit der Klausel zur Leistung nicht verpflichtet ist. Die Ausführungen stehen in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁸¹⁾.

Eigenständige Regeln für Haftungsausschlüsse von Sammelgaragen sind durch die Entscheidungen des Kammergerichtes allerdings nicht entwickelt worden. Insbesondere findet sich keine Äußerung zur Frage der Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit des Unternehmers oder seiner leitenden Angestellten und für - auch grobes - Verschulden des sonstigen Personals.

Eine weitere Entscheidung stammt vom LG Göttingen¹⁸²⁾. Ein Kraftfahrer hatte sein Fahrzeug zum Überwintern in einer Sammelgarage abgestellt und den Unternehmer u.a. damit beauftragt, das Kühlwasser abzulassen. Dies wurde nicht fachgerecht durchgeführt. Der Kraftfahrer nahm den Unternehmer wegen des entstandenen Schadens in Anspruch. Der Unternehmer berief sich

181) vgl. BGHZ 33,216 ff.; BGH VersR 62,24; VersR 62,554; VersR 63,47

182) LG Göttingen, NJW 56,592. Kritisch dazu v. Brunn in seiner Urteilsanmerkung, aaO und Schmidt-Salzer, NJW-Schriften 11, TZ 275: Beide meinen, die Haftungsausschlußklausel habe sich inhaltlich nicht auf Pflegearbeiten an dem Fahrzeug bezogen.

auf eine Klausel seiner AGB, die den Ausschluß jeder Haftung mit Ausnahme der gesetzlichen Haftung für eigenen Vorsatz bestimmte. Das LG Göttingen sah diesen Haftungsausschluß als sittenwidrig an.

Die Bewertung der Klausel durch das LG Göttingen ist zutreffend. Eine Klausel, welche die Haftung des Sammelgaragenunternehmers ausschließt, ohne dem Benutzer eine Kompensation in Form von Sachversicherungsschutz zu gewähren, trägt den berechtigten Interessen des Benutzers nicht ausreichend Rechnung und ist daher unangemessen. Dies gilt nicht nur, insoweit sie die Haftung für grobe Fahrlässigkeit, sondern auch insoweit sie die Haftung für leichte Fahrlässigkeit des Benutzers ausschließt.

Der Grund, warum der Haftungsausschluß als unangemessen anzusehen ist, ist der gleiche, der bereits den Ausschluß der Obhutspflicht unzulässig macht¹⁸³⁾: Indem der Benutzer dem Unternehmer den Fahrzeugschlüssel überläßt, begibt er sich jeder Möglichkeit der Vorsorge gegen Beschädigung und Verlust des Fahrzeugs. Die angemessene Folge dieser Sachlage ist die, daß der Unternehmer zur Obhut über das Fahrzeug verpflichtet ist. Eine Abdingung dieser Obhutspflicht ist, wie bereits dargelegt¹⁸⁴⁾, unzulässig. Ist aber die Abdingung der Obhutspflicht unzulässig, dann darf auch die Haftung für die Verletzung der Obhutspflicht nicht ausgeschlossen werden. Denn ohne die Gewißheit der Haftung bei ihrer Verletzung wäre die Obhutspflicht für den Unternehmer nicht viel mehr als eine unverbindliche Verhaltensnorm, die er erfüllen kann oder nicht, ohne aus der Nichterfüllung oder der Schlechterfüllung irgendwelche rechtlichen Nachteile befürchten zu müssen. Daher muß die Unabdingbarkeit der Verhaltenspflicht auch die Unabdingbarkeit der Haftung für diese Pflicht nach sich ziehen.

183) siehe auch oben I. Teil, I. Abschnitt, II, (§. 89 ff.).

184) Dieses Argument wäre auch nicht haltbar, vgl. Schmidt-Salzer, NJW 69, 289 und schon Raiser, AGB, S. 310.

Nun könnte allerdings der Einwand erhoben werden, der Benutzer könne eine Kaskoversicherung für das Fahrzeug abschließen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es viel eher dem Unternehmer zuzumuten ist, sich gegen die finanziellen Risiken seiner Haftung durch Abschluß einer Betriebshaftpflichtversicherung oder einer Sachversicherung zu schützen, die von dem Benutzer über den Preis finanziert wird. Denn dies käme dem Benutzer pro Fahrzeug wesentlich billiger als der Abschluß einer Kaskoversicherung, die einen weit größeren Deckungsumfang hat und teurer ist. Schon aus diesem Grund kann der Benutzer nicht darauf verwiesen werden, daß er sich versichern könne.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß Haftungsausschlüsse von Sammelgaragen ohne gleichzeitigen Sachversicherungsschutz nichtig sind.

Haftungsausschlüsse bei Parkhäusern und unbewachten Parkplätzen haben geringere Tragweite als solche in Sammelgaragen. Da aber den Unternehmer als Vermieter keine Obhuts- oder Bewachungspflicht trifft, haftet er für Beschädigung oder Abhandenkommen des Fahrzeugs nur dann, wenn diese durch eine schuldhaftige Tätigkeit des Unternehmers oder seiner Angestellten verursacht wurden.

Es ist zu prüfen, ob der Ausschluß dieser Haftung mit den berechtigten Interessen des Benutzers noch zu vereinbaren ist. Hierzu ist eine Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich.

Dem Interesse des Benutzers, seinen Schaden ersetzt zu erhalten, steht das Interesse des Unternehmers gegenüber, keinen Ersatz leisten zu müssen. Das Gesetz hat diesen Interessenkonflikt in der Weise geregelt, daß das Interesse des Unternehmers zurückzutreten hat, wenn er oder seine Leute den Schaden schuldhaft verursacht haben. Diese Regelung ist gerecht, da der Unternehmer und sein Personal es in der Hand haben, den Schaden zu vermeiden, während es dem Benutzer nicht möglich ist, eine Beschädigung oder das Abhandenkommen des Fahrzeugs durch Einwirkung des Unternehmers oder seiner Leute zu verhindern. Die gesetzliche Regelung beruht somit auf dem elementaren

Rechtsgrundsatz, daß jedermann für sein Verhalten verantwortlich ist.

Schon deshalb wäre es unbillig, wenn der Unternehmer - entgegen diesem Rechtsgrundsatz - das Schadensrisiko, welches aus seinem Verhalten oder dem seiner Leute herrührt, kompensationslos auf den Benutzer abwälzen könnte. Hinzu kommt, daß durch einen wirksamen Haftungsausschluß das Schadensrisiko des Benutzers vergrößert würde. Denn der Unternehmer und sein Personal hätten einen Freibrief für sorgloses, leichtfertiges Verhalten.

Ein kompensationsloser Haftungsausschluß bei Parkhäusern und unbewachten Parkplätzen ließe somit die berechtigten Interessen des Benutzers gröblich außer acht. Es macht dabei keinen Unterschied, ob nur die Haftung des Unternehmers selbst oder auch die seines Personals ausgeschlossen sein soll. Wenn der Unternehmer sich dem Benutzer gegenüber der Vorteile des Personaleinsatzes bedient, ohne daß der Benutzer darauf Einfluß hätte, dann muß er auch die Nachteile in Gestalt eines vergrößerten Haftungsrisikos tragen.

Für den Unternehmer ist die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses nicht unzumutbar. Er kann durch entsprechende Maßnahmen das Haftungsrisiko herabsetzen und sich ferner durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung schützen. Er kann auch den Haftungsausschluß mit der Beschaffung von angemessenem Sachversicherungsschutz koppeln. In diesem Fall ist das Interesse des Benutzers gewahrt, der Haftungsausschluß also wirksam.

cc. Neben Haftungsausschlußklauseln finden sich in den AGB von Parkbetrieben auch Klauseln, durch die der Unternehmer seine Haftung summenmäßig oder gegenständlich oder in beiden Richtungen begrenzt¹⁸⁵⁾.

185) vgl. OLG München, DAR 69,129 ff.: Beschränkung der Haftung des Sammelgaragenunternehmers auf die erforderlichen Kosten der Wiederherstellung, maximal DM 12 000.-. Die Klausel wurde als wirksam angesehen.

Auch solche Haftungsbegrenzungsklauseln sind nach dem Angemessenheitskriterium auf ihre Wirksamkeit zu untersuchen. Der aus diesem Kriterium folgende Satz, daß der Unternehmer nicht die Haftung für eigenes Verschulden oder das leitender Angestellter ausschließen darf, gilt auch für sie¹⁸⁶⁾.

Ob sich darüberhinaus allgemeine Regeln darüber aufstellen lassen, wann eine Parkbetrieb-Haftungsbegrenzungsklausel unangemessen ist, muß bezweifelt werden.

Der - in sich richtige - Schluß a maiore ad minus, daß die Begrenzung der Haftung zulässig sei, wenn auch der totale Haftungsausschluß nicht unangemessen ist¹⁸⁷⁾, ist nicht anwendbar. Wie ausgeführt wurde, sind totale Haftungsausschlüsse von Parkbetriebunternehmer unwirksam, wenn nicht zugleich Sachversicherungsschutz gewährt wird.

Der Gegenschluß, daß bei Unzulässigkeit der totalen Haftungsfreizeichnung auch die Begrenzung der Haftung als partielle Haftungsfreizeichnung unzulässig sei, ist nicht zwingend; wie Schmidt-Salzer zu Recht ausführt¹⁸⁸⁾, kann auch bei einer begrenzten Haftung die Ordnungsfunktion des Freizeichnungsverbots, wie etwa der mittelbare Zwang zu sorgfältigem Verhalten, gewährleistet sein. Letztlich hängt es von der Höhe des Ersatzes, den der Benutzer trotz Haftungsbegrenzung im Schadensfall beanspruchen kann, ab, ob seinen berechtigten Interessen ausreichend Rechnung getragen wird.

Es kann daher nur im Einzelfall unter Würdigung aller Umstände entschieden werden, ob eine Haftungsbegrenzungsklausel eines Parkbetriebes unangemessen ist¹⁸⁹⁾. Ein gewisser Anhaltspunkt sind die in § 2 BewV für die Parkplatzversicherung vorge-

186) vgl. BGHZ 38,185 f. = NJW 63,100.

187) Schmidt-Salzer, NJW 69,292.

188) Schmidt-Salzer, NJW 69,292.

189) Bydlinski, S.215, will betragsmäßige Haftungsbeschränkungen nur soweit für zulässig halten, als der Unternehmer seine Leistungen nicht frei kalkulieren kann, sondern an behördlich angeordnete Tarife gebunden ist.

schriebenen Versicherungssummen: Wenn der Unternehmer, der nicht der BewV unterliegt, die Haftung, soweit sie diese Summen übersteigt, ausschließt, so wird dies in der Regel unbedenklich sein, da die Mehrzahl der Schadensbeträge diese Summen nicht übersteigt und der Benutzer auch von der Versicherung eines Fahrzeugbewachungsunternehmers nicht mehr erhalten würde.

IV. Bestimmungen über die Gewährung von Versicherungsschutz

Es wurde schon erwähnt, daß Parkbetriebunternehmer den Benutzern häufig Sachversicherungsschutz für die abgestellten Fahrzeuge verschaffen, teils auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung durch die Bewachungsverordnung, teils aus eigenem Antrieb.

Zwischen Unternehmer und Versicherer wird ein Versicherungsvertrag geschlossen, durch welchen für den einzelnen Fahrzeugabsteller ein unmittelbarer Anspruch gegen den Versicherer begründet wird. Die Beziehungen zwischen Versicherer, Unternehmer und Benutzer stellen sich als Dreiecksverhältnis i.S. von §§ 328 ff. BGB dar: Zwischen Benutzer und Unternehmer besteht der Abstellvertrag (Valutaverhältnis), zwischen dem Unternehmer als Versicherungsnehmer und dem Versicherer der Versicherungsvertrag hinsichtlich sämtlicher abzustellender Fahrzeuge (Deckungsverhältnis), also eine Art Rahmenvertrag und schließlich zwischen dem Versicherer und dem einzelnen Benutzer als Versichertem das durch unmittelbaren Anspruch, Verfügungsbefugnis und Obliegenheiten des Versicherten gekennzeichnete vertragsähnliche Leistungsverhältnis. Der Versicherungsvertrag ist ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter, da er dem Benutzer einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versicherer gewährt.

Die Pflicht des Unternehmers gegenüber dem Benutzer, ihm Versicherungsschutz zu verschaffen - die nicht mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht gleichen Inhalts aus der BewV zu verwechseln ist - ergibt sich aus den dem Abstellvertrag

zugrundeliegenden AGB des Unternehmers. Dagegen sind die Versicherungsbedingungen nicht Bestandteil des Abstellvertrages. Sie gelten nur für den Rahmenvertrag und sind auch für das Leistungsverhältnis zwischen Benutzer und Versicherer von Bedeutung, indem sie Anspruch und Obliegenheiten des Benutzers bestimmen.

Bei den Versicherungsbedingungen handelt es sich um die "Allgemeinen Bedingungen für die Fahrzeug- und Gepäckversicherung von Landfahrzeug-Bewachungsunternehmen"¹⁹⁰⁾. Bei Parkbetrieben, die nicht unter die BewV fallen, finden sich mitunter abgeänderte Bedingungen¹⁹¹⁾. Hinsichtlich der Grundkonstruktion des Vertragsverhältnisses bestehen jedoch keine Unterschiede.

Es handelt sich bei der Versicherung um eine "Versicherung für fremde Rechnung" i.S. von §§ 74 ff. VVG¹⁹²⁾. Jedoch sind die §§ 75 Abs.2 und 76 Abs.1 und 2 VVG abbedungen: Die Ausübung der Rechte aus dem Versicherungsverhältnis steht nach § 2 Abs.1 der Bedingungen nur dem Fahrzeugabsteller zu¹⁹³⁾, nicht auch dem Unternehmer; der Fahrzeugabsteller benötigt zur Ausübung seiner Rechte nicht den Versicherungsschein, sondern nur den Parkschein oder einen anderweitigen Nachweis seiner Berechtigung.

Gemäß § 19 der Bedingungen treffen den Unternehmer gewisse Pflichten gegenüber dem Versicherer, die vor allem Abnahme und Ausgabe der Parkscheine, Aushang der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und ordnungsgemäße Bewachung betreffen. Verletzt der Unternehmer eine dieser Pflichten, so berührt dies nicht die Leistungspflicht des Versicherers¹⁹⁴⁾, jedoch ent-

190) abgedruckt in VerBAV 1965, S.45 ff.

191) vgl. die Formblätter "FW 112 a 4.67-5-40" und "FD 113 1.67-3-HD" der Agrippina Versicherungs AG.

192) Zur "Versicherung für fremde Rechnung" allgemein vgl. Bühnemann, ZVersWiss 70,20 ff.

193) Nicht auch dem Unternehmer: Geyer, ZfV 66,155; Voigt, Vers-Kaufmann 71, 14/291.

194) Geyer, ZfV 66,156; a.M. Voigt, VersKaufmann 71,14/291.

stehen für diesen ein Recht zur fristlosen Kündigung (§ 13 Abs.3 der Bedingungen) und Schadensersatzansprüche nach allgemeinem bürgerlichen Recht¹⁹⁵⁾.

In Inhalt und Anwendung bietet die Versicherung keine Probleme, mit Ausnahme des folgenden: Ist der Versicherer dem Benutzer gegenüber auch dann zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsvertrag zwischen Versicherer und Unternehmer nicht mehr besteht, der Unternehmer aber dennoch Parkscheine mit Aufdruck des Versicherers ausgibt?

Für die Praxis ist das Problem durch eine auf Verlangen des Bundesaufsichtsamtes für Versicherungs- und Bausparwesen von den Versicherern abgegebene Erklärung gelöst, in der sich die Versicherer verpflichten, gutgläubigen Fahrzeugabstellern nach Maßgabe des aufgelösten Versicherungsvertrages Versicherungsschutz zu gewähren¹⁹⁶⁾.

Es fragt sich, wie es in der Theorie zu lösen sei. Nach Ansicht Geyer's¹⁹⁷⁾ entfällt die Leistungspflicht des Versicherers, wenn der Unternehmer trotz Ablauf des Versicherungsvertrages weiterhin Parkscheine ausgibt, und zwar auch dann, wenn der Benutzer gutgläubig war. Voigt¹⁹⁸⁾ meint dagegen, man müsse von den auf dem Parkplatzgelände aushängenden Haftungszusagen der Versicherer ausgehen, nach denen jeder Fahrzeugabsteller mit dem Bezug eines Parkscheines Versicherungsschutz genieße. Eine besondere Nachprüfung zu verlangen, sei wirklichkeitsfremd. Der Kraftfahrer müsse sich auf das Bestehen policemäßiger Deckung aus Treu und Glauben, wie auch aus dem Charakter der Pflichtversicherung verlassen können. Gegebenenfalls müsse der Versicherer sich am Bewachungsunternehmer schadlos halten.

Voigts Auffassung ist im Ergebnis zu folgen. Zwar ist es unrichtig, daß die Versicherer vertragliche Haftungszusagen unabhängig vom Bestehen eines Versicherungsvertrages erteilen.

195) Geyer, ZfV 66,156;

196) vgl. VerBAV 65,43 f.

197) ZfV 66,156.

198) Vers-Kaufmann, 71,142/96.

Sie kontrahieren ja gerade nicht mit den Benutzern, sondern verpflichten sich zur Leistung gegenüber dem Benutzer nur durch den Versicherungsvertrag mit dem Unternehmer. Wenn aber dieselben Aushänge der Versicherung vorzufinden sind und dieselben mit der Bezeichnung der Versicherer versehenen Parkscheine ausgegeben werden wie bei Bestehen eines wirksamen Versicherungsvertrags zwischen Unternehmer und Versicherer, so entsteht der Rechtsschein eines wirksamen Versicherungsvertrags.

Es liegt nahe, diesen Fall durch analoge Anwendung der §§ 170-173 BGB zu lösen. Eine unmittelbare Anwendung muß allerdings ausscheiden, da der Unternehmer nicht als Vertreter der Versicherungsgesellschaft auftritt.

Aber die Sachlage ist ähnlich der einer Vertretung: Der Unternehmer stellt durch Ausgeben eines Parkscheines ein Leistungsverhältnis zwischen Benutzer und Versicherer her. Der vom Versicherer gestaltete und bedruckte Parkschein erweckt in dem gutgläubigen Benutzer ähnliches Vertrauen auf die Zustimmung der Versicherer wie eine Vollmachtsurkunde Vertrauen auf das Vorliegen einer Vertretungsmacht erweckt. Ein objektiver Vertrauensstatbestand liegt vor.

Ähnlich wie es dem Vollmachtgeber zuzumuten ist, sich darum zu kümmern, daß die Vollmachturkunde nach Erlöschen der Vollmacht aus dem Verkehr gezogen wird und der bisherige Vertreter nicht mehr als solcher auftritt, so ist auch dem Versicherer zuzumuten, sich darum zu kümmern, daß mit seinem Namen gekennzeichnete Anschläge und Parkscheine aus dem Verkehr gezogen werden und damit alle äußeren Anzeichen für eine Verpflichtungsbefugnis des Unternehmers entfallen. Der Vertrauensstatbestand ist daher dem Versicherer auch zuzurechnen.

Eine Analogie zu den §§ 170-173 BGB erscheint also gerechtfertigt. Dies gilt umsomehr, als die §§ 170-173 BGB als Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens des Vertrauensschut-

zes¹⁹⁹⁾ auch schon anderweitig analog herangezogen worden sind, nämlich bei Entwicklung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht²⁰⁰⁾. Auch der von Canaris²⁰¹⁾ entwickelte allgemeine Vertrauenshaftungstatbestand ist erfüllt: Vertrauenstatbestand, Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestands für den Unternehmer, Vertrauensinvestition und Gutgläubigkeit des Benutzers liegen vor.

Aus der Analogie zu §§ 170-173 BGB ergibt sich, daß die Versicherungsgesellschaft dann zur Leistung nicht verpflichtet sein kann, wenn sie dem Benutzer gegenüber nicht namentlich genannt wird, wenn es also in den AGB des Parkbetriebs etwa heißt "Die abgestellten Fahrzeuge sind in den Parkhäusern tags und nachts, auf den Parkplätzen nur tags während der Parkzeit versichert". Denn hier ist niemals der Rechtsschein der Haftung einer bestimmten Versicherungsgesellschaft entstanden. Der Benutzer kann sich hier nur an den Unternehmer halten, welcher den Kraftfahrzeugabstellvertrag verletzt hat, wenn er Versicherungsschutz nicht verschafft hat.

199) vgl. Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip, München 1909, S.102 f., vom Rechtsschein des Todes, Leipzig 1912, S.15; Moritz Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906, S. 115 ff.; Hermann Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950, S.102 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, S. 373 ff.; Canaris, Vertrauenshaftung, S.32 ff., 154 ff.; Westermann, JuS 63,1 ff.; kritisch Enneccerus-Nipperdey, § 80 II (S.470). Vgl. ferner Staudinger-Coing, vor § 104, Anm.76; Ballerstedt, AcP 151,507 f.

200) vgl. RGZ 138,269; Fikentscher, AcP 154,3; Waldeyer, S.83-96; Gotthardt, S. 33 ff.

201) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491 ff.

D R I T T E R T E I L

RECHTSPROBLEME BEIM VERTRAG ÜBER DAS ABSTELLEN EINES FREMDEN FAHRZEUGS

Nicht selten kommt es vor, daß auf einem Parkplatz, in einer Sammelgarage oder in einem Parkhaus durch Benutzer Fahrzeuge abgestellt werden, die Dritten gehören, sei es, daß der Dritte das Fahrzeug dem Benutzer freiwillig überlassen hat - Leihe, Miete -, sei es, daß der Benutzer dem Dritten das Fahrzeug entwendet hat.

In derartigen Fällen tauchen zwei Rechtsprobleme auf. Einmal ist zu fragen, wie die Rechtslage ist, wenn das Fahrzeug durch Verschulden des Unternehmers abhanden kommt oder beschädigt wird. Zum anderen ist zu klären, ob sich der Parkhausunternehmer wegen des Parkentgelts an den Eigentümer des Fahrzeugs halten kann, wenn der Benutzer das Fahrzeug nicht mehr abholt.

ERSTER ABSCHNITT

Die Drittschadenliquidation

Gehört das vertragsgemäß abgestellte Fahrzeug nicht dem Benutzer, so hat nicht dieser, sondern der Eigentümer des Fahrzeugs den Schaden, wenn das Fahrzeug durch Verschulden des Unternehmers abhanden kommt oder beschädigt wird. Da der Eigentümer aber nicht Vertragspartner ist, können ihm keine vertraglichen Ansprüche gegen den Unternehmer entstehen¹⁾. Der Benutzer andererseits hat die Gläubigerstellung, aber keinen Schaden.

Fallen auf diese Weise Gläubigerstellung und Schadensbetroffenheit auseinander, so fragt sich, ob hier das Rechtsinstitut

1) a.M. Hagen, S.220 f.

der "Drittschadensliquidation" Anwendung finden kann²⁾.

Für den Fall der vertraglichen Obhut über eine fremde Sache ist das Recht des Vertragspartners, den Schaden des Dritten zu liquidieren, anerkannt³⁾.

Handelt es sich bei dem Kraftfahrzeugabstellvertrag somit um einen Vertrag, der eine Obhutspflicht des Unternehmers begründet - einen Verwahrungsvertrag, einen gemischten Miet- und Dienstvertrag, so ist Drittschadensliquidation zulässig⁴⁾.

Nichts anderes kann gelten, wenn der Kraftfahrzeugabstellvertrag als Mietvertrag zu qualifizieren ist. Den Unternehmer trifft dann zwar keine Obhutspflicht in dem Sinn, daß er das Fahrzeug vor Schaden und Verlust durch Eingriffe Dritter bewahren muß und zur Beaufsichtigung des Fahrzeugs verpflichtet ist.

Wohl aber trifft ihn eine Pflicht, die Fahrzeuge nicht durch eigene Handlungen zu beschädigen oder abhanden kommen zu lassen. Entsteht durch schuldhaftes Verletzung dieser Sorgfaltpflicht ein Schaden, so ist eine Drittschadensliquidation in gleicher Weise gerechtfertigt wie bei Verletzung einer Obhutspflicht⁵⁾. Zwar kommen für den Eigentümer eher als bei Verletzung einer Obhutspflicht Ansprüche aus unerlaubter Handlung in Betracht. Jedoch steht bei diesen die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 offen. Auch die Beweislast ist bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung für den Eigentümer ungünstiger als bei vertraglichen Ansprüchen, da die aus § 282 entwickelte Beweislastverteilung für Ansprüche aus unerlaub-

2) zur Drittschadenliquidation grundsätzlich: Reinhardt, Täger, v. Caemmerer, ZHR 127,241 ff.; Selb, NJW 64,1765 ff.; Hagen, S.285, will diese auf den Bereich der mittelbaren Stellvertretung beschränken.

3) RGZ 93,391; BGHZ 40,101; v. Caemmerer, ZHR 127,265; BGHZ 51,93; Palandt-Heinrichs, vor § 249, Anm.6 b bb. Hagen, S.220 will dem Eigentümer analog zu § 991 BGB einen eigenen Anspruch geben.

4) vgl. BGH NJW 69,790: Drittschadenliquidation bei Kraftfahrzeugverwahrung als Nebenabrede eines Hotel-Beherbergungsvertrages.

5) Zur Anwendung der Drittschadenliquidation auf einen Mietvertrag vgl. Berg, NJW 68,1325 f.

ter Handlung nicht anwendbar ist⁶⁾.

Das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation ist somit beim Kraftfahrzeugabstellvertrag unabhängig von dessen Vertragscharakter anwendbar.

Zweiter Abschnitt

Ansprüche des Unternehmers gegen den Eigentümer eines von einem Dritten abgestellten Fahrzeuges

Ist der Benutzer nicht zahlungsfähig oder holt er das Fahrzeug nicht ab, so stellt sich für den Unternehmer die Frage, ob er sich in irgendeiner Weise an den Eigentümer des Fahrzeuges halten kann, dessen Identität sich, anders als die des Benutzers, unschwer ermitteln läßt.

Vertragliche Forderungen gegen den Eigentümer bestehen mangels vertraglicher Beziehungen nicht. Ein Anspruch kann sich daher nur aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen ergeben. In Betracht kommen Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff., ungerechtfertigte Bereicherung, § 812 ff. und der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers gegen den Eigentümer, § 994 BGB.

Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683, 670 BGB setzt zunächst die Besorgung eines Geschäftes für einen anderen voraus. Das Zurverfügungstellen eines Abstellplatzes für ein fremdes Kraftfahrzeug ist ein - "objektiv fremdes" - Geschäft für einen anderen. Der Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Handelnde "vornehmlich zur Wahrung eigener Belange und nur nebenbei im Interesse eines anderen"⁷⁾ tätig wird. Somit ist ein Fremdgeschäftsführungswille des Parkunternehmers regelmäßig auch dann zu bejahen, wenn der Unternehmer vertragliche

6) vgl. RGZ 93, 41; inwieweit hier die Entscheidung BGHZ 51, 91 eine allgemeine Angleichung der Beweislast bei positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung bewirkt hat, kann derzeit noch nicht gesagt werden.

7) BGH NJW 63, 1826 = BGHZ 40, 30.

Pflichten gegenüber dem Absteller erfüllt oder das Fahrzeug als Sicherheit für seine Forderungen gegenüber dem Absteller betrachtet. Jedenfalls spricht eine tatsächliche Vermutung für seinen Fremdgeschäftswillen, da es sich um ein objektiv fremdes Geschäft handelt⁸⁾.

Weitere Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruches wären, daß die Überlassung eines Abstellplatzes und die Obhut dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprechen. Interesse des Eigentümers läge vor, wenn die Übernahme des Geschäfts ihm objektiv nützlich wäre. Solche Nützlichkeit wird sich hier - Ausnahmen sind denkbar - jedoch im allgemeinen nicht feststellen lassen. Der Eigentümer hat keinen Nutzen davon, daß sein Fahrzeug auf einem Parkplatz oder in einem Parkgebäude abgestellt ist. Im Gegenteil ist es für ihn eher ein Schaden, daß ihm das Fahrzeug, dessen Unterhaltskosten er trägt, nicht zur Verfügung steht. Auch der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Eigentümers wird selten auf Abstellung seines Fahrzeugs in einem Parkbetrieb gerichtet sein.

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag entstehen daher für den Parkunternehmer regelmäßig nicht⁹⁾.

Das gleiche gilt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Diese scheitern in der Regel schon daran, daß sich eine Bereicherung des Eigentümers nicht ermitteln läßt. Der Eigentümer, der das Fahrzeug nicht selbst benutzt, erspart keine Aufwendungen, wenn das Fahrzeug im Parkbetrieb abgestellt wird. Bewachung und Obhut machen sich in seiner Vermögensbilanz nicht bemerkbar, weil nicht feststellbar ist, daß das Fahrzeug ohne diese Schaden gelitten hätte. Was Schutz vor Witterung anbetrifft, so läßt sich wohl kaum feststellen, um welchen Betrag sich die tägliche Wertminderung eines im Freien geparkten Fahrzeuges von derjenigen eines witterungsgeschützt abgestellten Fahrzeuges unterscheidet. Es handelt

8) BGH NJW 63,1826.

9) Auch nicht Ansprüche aus § 684 S.1 BGB, da es an der Bereicherung fehlt, siehe dazu sofort.

sich jedenfalls um minimale Beträge, die sich mit den Kosten des Unternehmers für die Bereitstellung eines Abstellplatzes in keiner Weise decken. Zudem steht dem Unternehmer der Nachweis frei, daß auch, wäre er im Besitz des Fahrzeugs gewesen, dieses - etwa in einer Privatgarage - witterungsgeschützt abgestellt gewesen wäre. In diesem Fall entfällt die Bereicherung völlig.

Ferner ist zu bedenken, daß das Verbleiben des Fahrzeugs im Parkbetrieb nicht ohne rechtlichen Grund geschieht. Während der Dauer des Abstellvertrages mit dem dritten Absteller ist dies unzweifelhaft. Es gilt aber auch noch nach dessen Ablauf. Denn hier entsteht ein Abwicklungsverhältnis zwischen Absteller und Unternehmer, das als rechtlicher Grund für die Aufbewahrung des Fahrzeugs anzusehen ist. Der in sein Abwicklungsstadium getretene Vertrag ist weiterhin für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgebend, wenn auch an Stelle der Leistungs- Abwicklungspflichten treten.

Bereicherungsansprüche des Unternehmers gegen den Eigentümer sind daher abzulehnen.

Es bleibt daher die Frage, ob der Unternehmer gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Verwendungsersatz nach § 994 BGB hat. Erste Voraussetzung dafür wäre, daß der Unternehmer Besitzer des Kraftfahrzeugs geworden ist. Besitzübergang ist nicht bei allen Vertragsgestaltungen vorgesehen. Bei Parkplätzen ist er nicht die Regel¹⁰⁾. Ähnlich wie bei diesen ist bei Parkhäusern Besitzübergang nur zu bejahen, wenn der Unternehmer über Vorrichtungen verfügt, die es ihm ermöglichen, nach Belieben den Benutzer an der Ausfahrt zu hindern, und wenn er auch den Willen hat, unter gewissen Umständen von diesen Vorrichtungen Gebrauch zu machen. Zu denken ist hier vor allem an Schranken, die nur unter bestimmten Voraussetzungen - Abgabe einer Quittung, Einwurf einer Plastikmünze - geöffnet werden. Sind keine solchen Schranken vorhanden, so wird man Besitzübergang wie beim Parkplatz nicht bejahen können. Doch hat der Unternehmer häufig vertragsgemäß das Recht,

10) Siehe oben 2. Teil, 1. Abschnitt, I, 2 (S. 80 ff.).

sich des Fahrzeugs zu bemächtigen und es zu entfernen, wenn es nicht rechtzeitig abgeholt wird¹¹⁾. Bei Sammelgaragen geht der Besitz immer über, da der Unternehmer durch den Besitz des Schlüssels die vollkommene tatsächliche Verfügungsgewalt über das Fahrzeug erhält.

Die weitere Voraussetzung wäre, daß zwischen Eigentümer und Unternehmer eine "Vindikationslage" bestünde, der Unternehmer also unberechtigter Besitzer wäre¹²⁾. Denn nur auf den unberechtigten Besitzer ist § 994 BGB anwendbar. Unberechtigter Besitzer ist der Unternehmer, wenn er oder der Absteller, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber kein Recht zum Besitz i.S. von § 986 BGB hat, sei es, daß keine Besitzberechtigung im Verhältnis Benutzer-Eigentümer vorliegt, sei es, daß eine solche im Verhältnis Benutzer-Unternehmer fehlt, sei es, daß eine bestehende Besitzberechtigung entfällt¹³⁾.

Steht fest, daß der Parkunternehmer unrechtmäßiger Besitzer des Fahrzeugs ist, so fragt sich als nächstes, ob das Zurverfügungstellen eines Abstellplatzes überhaupt eine notwendige Verwendung auf das Fahrzeug i.S. von § 994 Abs.1 BGB ist.

"Verwendungen" sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen sollen¹⁴⁾. Ob die Aufwendungen der Sache tatsäch-

11) Typisches Beispiel : "Der Vermieter kann auf Kosten und Gefahr des Mieters das Fahrzeug aus dem Parkhaus abschleppen, wenn a) b) c)"

12) BGHZ 27,317 ff.; BGH NJW 55,541. Palandt-Degenhart, vor § 994, Anm.1.

13) Ob § 994 auch die vor dem Entfallen des Besitzrechts gemachten Verwendungen betrifft, ist strittig, dafür BGHZ 34,122 = NJW 61,499, dagegen die wohl h.M. vgl. Palandt-Degenhart, Vor § 994 Anm.1 b, m.V.

14) RGZ 152,102 f. Der BGH stellt als zusätzliche Voraussetzung auf, daß die Sache nicht grundlegend verändert werden darf (vgl. BGHZ 41,160), beschränkt den Verwendungsbegriff also auf Maßnahmen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung der Sache (vgl. BGHZ 10,177). Ob diese Einschränkung gerechtfertigt ist, kann hier dahinstehen, da eine "grundlegende Veränderung der Sache" nicht vorliegt.

lich zugute kommen, ist unerheblich¹⁵⁾. Auch eine Bereicherung des Eigentümers ist nicht Merkmal des Verwendungsbegriffes¹⁶⁾. "Notwendig" sind die Verwendungen dann, wenn sie zur Erhaltung der Sache objektiv erforderlich sind¹⁷⁾. Auch der Eigentümer hätte sie dann machen müssen, wenn er den Besitz an der Sache behalten hätte. Sie sind ihm also durch den Besitzer erspart worden¹⁸⁾.

Wenn der Parkunternehmer für ein Kraftfahrzeug einen Abstellplatz zur Verfügung stellt, so ist dies ein Vermögensaufwand, weil davon auszugehen ist, daß solche Abstellplätze regelmäßig nur gegen Entgelt überlassen werden und dem Unternehmer die anderweitige kommerzielle Nutzung des Abstellplatzes unmöglich ist, solange dieser durch das nicht abgeholte Fahrzeug belegt ist. Fraglich ist aber, ob der Vermögensaufwand dem Fahrzeug "zugute kommen soll". Dem Unternehmer ist das Fahrzeug typischerweise gleichgültig. Er hat nicht die Absicht, das Fahrzeug in irgendeiner Weise zu verändern, zu verbessern oder zu erhalten. Seine Maßnahmen - Raumgewährung und Obhut - sollen nicht dem Fahrzeug zugute kommen, sondern dem Absteller des Fahrzeuges die Gelegenheit verschaffen, dieses vorübergehend unterzubringen und ihn vor Vermögenseinbußen bewahren.

Es bestehen somit erhebliche Bedenken dagegen, das Zurverfügungstellen eines Abstellplatzes als "Verwendung" anzusehen.

15) Planck-Brodmann, §§ 994-1000, Anm.1; Kayzers, S. 107 f.; a.M. wohl Soergel-Mühl, § 994, RandNr.2.

16) Die noch von den bereicherungsrechtlichen Vorstellungen des ersten Entwurfs geprägte Definition der Motive, Mugdan III, S.229 "Unter Verwendungen auf die Sache sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt" ist insoweit überholt. Vgl. dazu Kayzers, S.106 ff.

17) Vgl. Staudinger-Berg, § 994, RandNr.7; Westermann, Sachenrecht, S.160; Soergel-Mühl, § 994, RandNr.3; BGH NJW 55, 341; für einen "objektiv-funktionalen Maßstab" Medicus, § 32 II 2.

18) Vgl. Staudinger-Berg, § 994, RandNr. 7; Westermann, S.160; Palandt-Degenhart, vor § 994, Anm.2 a; BGH NJW 55,341; RGZ 139,357.

Aber selbst wenn man einmal unterstellt, es handle sich um eine Verwendung, kann man nicht zur Anwendung von § 994 Abs.1 BGB gelangen. Denn es handelt sich nicht um "notwendige" Verwendungen. Das Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Parkplatz, in einer Sammelgarage oder einem Parkhaus ist zur Erhaltung eines Kraftfahrzeuges nicht objektiv erforderlich. Es handelt sich nicht um eine Aufwendung, die auch der Eigentümer für das Fahrzeug hätte machen müssen.

Dies gilt nicht nur für die Überlassung des Stellplatzes als solche, sondern auch für die Bewachung des Fahrzeugs. Fahrzeuge werden heute von den Eigentümern regelmäßig unbewacht und ohne Obhut aufgestellt, wenn nicht ein besonderes Bewachungsbedürfnis besteht.

Befindet sich der Abstellplatz in einem Parkhaus oder einer Sammelgarage, so ist das Fahrzeug allerdings auch vor der Witterung geschützt. Die Frage ist, ob der Schutz vor der Witterung für die Erhaltung des Fahrzeugs objektiv erforderlich ist. Auch diese Frage ist zu verneinen. Zwar ist der Schutz vor der Witterung der Erhaltung des Fahrzeuges förderlich. Objektiv erforderlich in dem Sinn, daß es nach der Verkehrsanschauung einfach notwendig ist, ein Kraftfahrzeug witterungsgeschützt abzustellen, ist das Abstellen aber nicht. Ein großer Teil aller Fahrzeuge wird heute ständig im Freien abgestellt. In Verkaufsannoncen wird der Umstand, daß ein Fahrzeug "garagengepflegt" ist, besonders hervorgehoben. Die Fahrzeuge sind auf das Verbleiben im Freien eingerichtet. Daß ein Fahrzeug ohne geeignete Unterstellung Schaden leide, trifft heute nicht mehr zu¹⁹⁾.

Noch aus einem weiteren Grund kann die Überlassung eines witterungsgeschützten Abstellplatzes nicht als "notwendige Verwendung" angesehen werden. Wenn, wie ausgeführt, "notwendig" nur eine Aufwendung ist, die auch der Eigentümer hätte machen müssen, so muß nicht nur gefragt werden, ob die Aufwendung dem Fahrzeug zugute kommt, sondern auch, ob sie sich für den Eigentümer wirtschaftlich rentiert. Denn es verbietet

19) so aber OLG Frankfurt, JW 32,1229.

sich, anzunehmen, der Eigentümer "müsse" Aufwendungen machen, die sich für ihn nicht rentieren.

Das Kraftfahrzeug witterungsgeschützt unterzustellen rentiert sich für dessen Eigentümer aber nur dann, wenn ihm das mehr einbringt als das Entgelt dafür ihn kostet.

Was bringt nun der Witterungsschutz für das Fahrzeug dem Eigentümer ein? Ein Kraftfahrzeug verliert vom ersten Tag an an Wert, gleichgültig, ob es witterungsgeschützt untergestellt wird oder nicht. Im ersten Fall wird die tägliche Wertminderung etwas geringer sein als im zweiten. Diese Differenz zwischen Wertminderung bei Witterungsschutz und ohne Witterungsschutz ist der finanzielle Vorteil, den der Witterungsschutz einbringt. Der Vorteil wird regelmäßig niedriger liegen als die Kosten für den Abstellplatz, wie wohl nicht weiter ausgeführt werden braucht. Das witterungsgeschützte Abstellen wäre für den Eigentümer somit ein Verlustgeschäft und kann daher nicht als notwendige Aufwendung angesehen werden.

Ein Anspruch aus § 994 ist daher gleichfalls nicht gegeben²⁰⁾.

Der Unternehmer hat somit in der Regel keinen Anspruch²¹⁾ gegen den vom Absteller verschiedenen Eigentümer des Fahrzeugs auf Zahlung der Einstellkosten des Fahrzeugs. Er kann sich nur an seinen Vertragspartner halten²²⁾. Gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers hat er daher kein Zurückbehaltungsrecht.

20) Vgl. auch OLG Nürnberg, NJW 66,738: Es bestünden erheblich Bedenken dagegen, das Abstellen eines Fahrzeugs auf dem Gelände des Besitzers als Verwendung i.S. von § 994 anzusehen. Die Frage könne jedoch dahinstehen, da Eigenleistungen des Besitzers jedenfalls nur dann Verwendungen sein könnten, wenn der Besitzer sie anderweitig gegen Entgelt verwendet hätte (was nicht zutraf).

21) Vgl. zu dem Problem auch das Urteil des LG Karlsruhe, Die Justiz, 70,235. Das Urteil - es betraf die Kosten für die Unterbringung eines aus einem Parkhaus nicht abgeholt Autos - ließ die Frage, ob eine notwendige Verwendung vorliege, offen, da jedenfalls der Eigentümer die Sache nicht zurückerlangt habe (§ 1001 BGB). Es lehnte ferner auch Ansprüche aus Vertrag, faktischem Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung (Eingriff in den Gewerbebetrieb) ab.

22) Nach v.Caemmerer, S.388, ein "gesunder Grundsatz".

S c h l u ß

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Kraftfahrzeugabstellvertrag kommt durch Annahme des Parkscheins durch den Benutzer zustande.
2. Kommt es nicht zur Übergabe eines Parkscheins, so erklärt der Benutzer seinen Willen zum Abschluß eines Abstellvertrages, wenn er das Fahrzeug abstellt und sich entfernt. Voraussetzung ist, daß es sich um einen erkennbar entgeltspflichtigen Parkbetrieb handelt.
3. Verwahrt sich jedoch der Benutzer von vornherein dagegen, Entgelt zahlen zu müssen, so kann das Abstellen des Fahrzeuges nicht als Willenserklärung angesehen werden.
4. Ist ein Vertrag nicht zustandegekommen, hat der Benutzer aber dennoch sein Fahrzeug in dem Parkbetrieb abgestellt, so entstehen Bereicherungsansprüche des Unternehmers. Der Benutzer kann sich nicht darauf berufen, daß er sein Fahrzeug anderweitig unentgeltlich hätte abstellen können. Die Höhe des Bereicherungsanspruches richtet sich nach dem Wert der erhaltenen Leistung, deckt sich also nicht notwendig mit dem im Fall eines Vertrages zahlbaren Entgelts.
5. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen und von den Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten ist auf das Zustandekommen des Kraftfahrzeugabstellvertrages nicht anwendbar.
6. Die Vorschriften über Willensmängel sind auf den Kraftfahrzeugabstellvertrag uneingeschränkt anwendbar.
7. Die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit sind auf den Kraftfahrzeugabstellvertrag uneingeschränkt anwendbar.
Erlaubt jedoch der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen diesem, ein Kraftfahrzeug zu führen, so erteilt er

damit konkludent die generelle Einwilligung zum Abschluß von Kraftfahrzeugabstellverträgen.

8. Allgemeine Geschäftsbedingungen können in den Kraftfahrzeugabstellvertrag durch Aushang einbezogen werden, wenn der Aushang unübersehbar und deutlich lesbar und so angebracht ist, daß er dem Benutzer vor Vertragsschluß zur Kenntnis gelangen kann.
9. Allgemeine Geschäftsbedingungen können ferner durch Aufdruck auf dem Parkschein einbezogen werden. Es genügt auch der Aufdruck eines Hinweises auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
10. Wenn die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen branchenüblich ist, so reicht diese Tatsache für sich noch nicht aus, um die Geschäftsbedingungen eines einzelnen Unternehmers auch ohne Hinweis zum Inhalt des einzelnen Vertrages werden zu lassen.
11. Der Kraftfahrzeugabstellvertrag kann auf seiten des Benutzers und auf seiten des Unternehmers durch Vertreter abgeschlossen werden.
12. Auf der Seite des Unternehmers ist § 56 HGB analog anwendbar. Anwendbar sind auch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht. Sowohl nach diesen wie auch nach § 56 HGB ist das Personal jedoch nur zum Abschluß von Abstellverträgen zu den vom Unternehmer üblicherweise gewährten Preisen und Bedingungen bevollmächtigt.
13. Die Grundsätze über das "Geschäft für den, den es angeht", sind auf den Abschluß des Kraftfahrzeugabstellvertrages anwendbar.
14. Ergibt sich bei Abschluß eines Parkplatz-Abstellvertrages nicht eindeutig, ob die Leistung des Unternehmers nur die Gewährung eines Abstellplatzes oder auch Obhut umfaßt, so

ist die Frage durch Auslegung anhand der Umstände des Vertragsschlusses zu entscheiden. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die Aufmachung des Parkplatzes und die Gestaltung des Benutzungsvorganges, die Lage des Parkplatzes auf öffentlichem Straßengrund und die wirtschaftliche Funktion des Parkplatzes. Weiterhin können die tägliche Betriebsdauer, die Besitzlage an den abgestellten Fahrzeugen und die Höhe des Entgelts Anhaltspunkte für die Auslegung liefern. Eine Verkehrssitte, die für eine bestimmte Auslegung spricht, hat sich nicht gebildet.

15. Ein Vertrag über das Abstellen eines Fahrzeugs auf öffentlichem Straßengrund ist ein Dienstvertrag, der eine Obhutspflicht des Unternehmers begründet.
16. Ein Parkplatz-Abstellvertrag, aus dem der Unternehmer keine Obhut schuldet, ist ein Mietvertrag.
17. Ein Parkplatz-Abstellvertrag, aus dem der Unternehmer Obhut schuldet, kann ein gemischter Miet- und Dienstvertrag oder ein Verwahrungsvertrag sein. Entscheidend ist die vertragsgemäße Besitzlage. In der Regel liegt ein gemischter Vertrag vor.
18. Aus dem Sammelgaragen-Abstellvertrag ist der Unternehmer stets zur Obhut verpflichtet. Es handelt sich regelmäßig um einen Verwahrungsvertrag.
19. Aus dem Parkhaus-Abstellvertrag schuldet der Unternehmer keine Obhut, wenn nichts anderes vereinbart ist. Es handelt sich um einen Mietvertrag.
20. Der Parkhausunternehmer ist nicht verpflichtet, den Parkhausbenutzern Versicherungsschutz für die abgestellten Fahrzeuge zu verschaffen.
21. Zwischen den einzelnen Benutzern eines Parkplatzes, Parkhauses oder einer Sammelgarage kommen keinerlei vertragliche Beziehungen zustande.

22. Ist der Kraftfahrzeugabstellvertrag ein Mietvertrag, so entsteht an dem abgestellten Fahrzeug ein Vermieterpfandrecht nach § 559 BGB.
23. Erlangt der Unternehmer den Besitz an dem Kraftfahrzeug, so entsteht für ihn daran ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB.
24. Bei Ausübung des Vermieterpfandrechts oder des Zurückbehaltungsrechts entstehen für den Unternehmer regelmäßig nur Ansprüche auf Ersatz von Verzugsschaden, nicht aber sonstige Ansprüche.
25. Nicht abgeholte Fahrzeuge kann der Unternehmer entweder durch Klage und Vollstreckung entfernen lassen oder nach § 383 BGB versteigern oder sie selbständig entfernen.
26. Auf den gemischten und den Verwahrungsvertrag sind die §§ 557 und 568 BGB nicht anwendbar.
27. Ist das Fahrzeug beschädigt worden oder abhanden gekommen, so muß beim gemischten und beim Verwahrungsvertrag der Unternehmer nachweisen, daß ihn daran kein Verschulden trifft.
28. Beim gemischten Vertrag muß der Benutzer nachweisen, daß der Schaden während der Vertragsdauer verursacht wurde. Beim Verwahrungsvertrag gilt dies nicht, da die Rückgabepflicht auch nach Vertragsablauf weiterbesteht. Bei Parkplätzen kommt es jedoch mit Ablauf der Bewachungszeit regelmäßig zu einer Rückgabe an den Benutzer.
29. Der Parkschein ist ein einfaches Legitimationspapier.
30. Der Ausschluß der Obhutspflicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist bei Sammelgaragen unwirksam.
31. Haftungsausschlußklauseln, die mit gleichzeitiger Gewährung von Sachversicherungsschutz nach der Bewachungsverordnung verknüpft sind, sind wirksam.

32. Haftungsausschlüsse ohne Sachversicherungsschutz sind sowohl bei Sammelgaragen wie auch bei Parkhäusern und bei unbewachten Parkplätzen unwirksam, desgleichen bei bewachten Parkplätzen.
33. Haftungsbegrenzungsklauseln sind nicht unwirksam, wenn die Haftung des Unternehmers auf die Versicherungssummen der Bewachungsversicherung beschränkt wird. Ist sie stärker eingeschränkt, so ist die Frage nach der Lage des Einzelfalles zu entscheiden.
34. Ist der Versicherungsvertrag zwischen Versicherer und Unternehmer abgelaufen und gibt der Unternehmer trotzdem noch Parkscheine aus oder gibt er auf andere Weise zu erkennen, daß Versicherungsschutz bestehe, so ist der Versicherer dem Benutzer gegenüber so zur Leistung verpflichtet, als ob der Vertrag noch bestehe, wenn sein Name dem Benutzer gegenüber auf Parkscheinen oder Aushängen erscheint.
35. Werden fremde Fahrzeuge abgestellt, so ist der Benutzer zur Liquidierung des Schadens des Eigentümers nach den Grundsätzen über die Drittschadensliquidation berechtigt.
36. Werden fremde Fahrzeuge nicht abgeholt, so kann sich der Unternehmer regelmäßig aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt wegen des Ersatzes der Abstellkosten an den Eigentümer halten.
Insbesondere sind die Abstellkosten keine notwendigen Verwendungen im Sinne von § 994 BGB.

L e b e n s l a u f

Ich wurde geboren am 24.3.1943 in Nürnberg als Sohn des Ingenieurs Walter Brychcy und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Sichelstiel. Von 1949 bis 1953 besuchte ich Volksschulen in Nürnberg und Regensburg. Von 1953 bis Herbst 1954 besuchte ich das Alte Gymnasium Regensburg, von da an das Humanistische Gymnasium München-Pasing, wo ich im Juni 1962 das Abitur ablegte. Nach acht Semestern des Studiums der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität in München bestand ich am 16.1.1967 die erste juristische Staatsprüfung in München mit der Note "gut". Vom 24.2.1967 bis 25.2.1970 war ich Rechtsreferendar in München. Am 25.2.1970 bestand ich auch die zweite juristische Staatsprüfung in München mit der Note "gut". Vom 17.1.70 bis 31.1.1971 war ich in einer großen Steuerberaterkanzlei als Mitarbeiter für Steuerrechtsfragen tätig. Seit 22.4.1971 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen.

